

m.

Dips. 262.

~~guscio~~

link .

DISSERTATIO IVRIS CIVILIS
DE
CONSTITVENDA LEGITIMAE
PORTIONIS PARENTVM QVANTITATE
AD NOV. XVIII. CAP. I.

QVAM
RECTORE MAGNIFICENTISSIMO
SERENISSIMO PRINCIPE AC DOMINO
DOMINO
CHRISTIANO FRIDERICO
CAROLO ALEXANDRO
MARGGRAVIO BRANDENBVRGICO BORVSSIAE
SILESIAEQVE DVCE BVRGGRAVIO NORIMBERG.
VTRIVSQUE PRINCIPATVS REL.

ILLVSTR. IVRECONSVLTORVM ORDINIS AVCTORITATE
PRO LOCO

IN EO RITE OBTINENDO

D. XVIII. OCTOBR. clō Id cclxxxviii.
PVBLICAE ERVDITORVM DISQVISIONI
SVBMITTIT

D. CHRISTIANVS FRIDERICVS GLÜCK
IN ACADEMIA FRIDERICO - ALEXANDRINA
PROF. PVBL. ORDINAR.

ERLANGAE
TYPIS KVNSTMANNIANIS.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.



DISSERTATIO IURIS CIVILIS

DE

CONSTITVENDA LEGITIMAE PORTIO.
NIS PARENTVM QVANTITATE AD
NOV. XVIII. CAP. I.

§. I.

Variae ICtorum opiniones. Instituti ratio.

Cum multae res in iuris civilis scientia nequaquam satis adhuc explicatae sint, tum perdifficilis fane et perobscura quaestio est ea, quae de constituenda legitimae portionis parentum quantitate saepius moueri solet et excitari. De qua tam variae sunt summorum ICtorum tamque discrepantes sententiae, ut eas fere molestum videatur dinumerare. Sunt enim, sed hi quidem paucissimi, qui, in iuris antiqui prudentia acquiescentes, illam, qua D. IVSTINIANVS legitimam portionem auxit, Nouellam constitutionem ¹⁾ ad parentes pertinere prorsus negent

¹⁾ Nov. XVIII. c. I.

negent ²): alii vero, iique plurimi, legitimae augmentum ad parentes quidem provehendum esse omnino statuunt, ast in constituenda eius quantitate in diuersas discedunt partes. Nam quidam portionem parentum legitimam secundum Nouellae XVIII. sanctionem semper trientem esse existimant, neque eam ad semissem unquam ascendere, licet adsint, quibuscum, si intestatus decessisset filius, successissent parentes, nimirum fratres sororesque defuncti bilaterales. Sed ita qui sentiunt, quorum sunt sane multi, calculos suos diuerso subducunt modo. Alii quidem totius hereditatis trientem parentibus legitimae nomine tribuendum censent ³); alii

²) BACHOV. *ad Treutlerum* Vol. I. Diff. XIII. th. 13. Io. VAVDVS *in var. quaestionibus iur. civ.* (Hanov. 1607.) Lib. I. c. 50. Pet. MÜLLERVS *ad Struuii Syntagma iur. civ.* Ex X. th. 13. n. β. Arn. VINNIVS *in Commentar. in Instit. §. 3. tit. de inoff. testam.* n. 2. p. 367. edit. meae Lugdun. 1709. Claud. de BATTANDIER *de legitima* Cap. IV. n. 31.

³) In ea opinione iam olim fuisse, atque conspirasse vetustiores iuris Interpretes, si ab uno discefferis BARTOLO, testatur CASTRENSIS *ad L. 34. §. si duobus ad fin. D. de legat. I.* Ex recentioribus ICTIS ita sen.

alii vero tertiam tantum eius portionis, quam ab intestato habituri essent, pro legitima deberi parentibus contendunt, ut, si mater e. gr. cum fratribus defuncti filii duobus concurat, legitimam eius portionem non totius hereditatis trientem, sed tertiam tantum trientis partem esse arbitrentur ⁴). Plerosque vero in ea versari opinioneprehendimus, ut distinguant, utrum parentes soli adsint, an iidem cum fratribus sororibusue defuncti germanis concurrant, priori quidem in casu parentum legitimam semper trientem esse portionis ab intestato iis debitaе,

sentiunt *Pet. de GREVE in Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Ex. VII. n. 19.* Clar. Car. Frid. ZEPERNICK in *histor. iur. civ. de legitima portione parentum, praef. Dan. NETTELBLADT defensa Halae 1773. §. 30.* Io. Alb. COLMAR von dem *Pflichtteil der Aeltern vorzüglich nach Nürnbergischen Rechten. Nürnberg 1785. 8. et alii.*

⁴) Sic sibi persuaserunt *Ant. FABER de erroribus Pragmaticorum et Interpret. iuris P. I. Decad. XV. err. 4.* *Conr. RITTERSHUISVS in Exposit. Nouellar. Iustin. P. VI. Cap. 4. n. 10.* Caspar MANZIVS in *Tract. rationali de legitima liberorum, parentum, fratrum et soror. Qu. 6. n. 6. 7. et 8. et quaest. 9. et in Tract. de testamento valido vel valido. Tit. XII. Q. VI. et alii.*

bitae, in casu autem posteriori legitimam parentum esse vel tertiam vel dimidiam partem eius, quod ad eos esset peruenturum, si intestatus decessisset filius, prout nimirum quatuor aut pauciores vel plures quam quatuor ad successionem legitimam eodem vocentur ordine, opinantur⁵). Sed sunt adhuc alii, qui eo in casu, si parentes cum filii defuncti concurrant fratribus, distinguendum esse putent, utrum fratres instituti sint,

⁵) Horum in censu sunt **FACHINAEVS** in *Controv iur.* L. IV. c. 29. *Christ. Phil.* **RICHTER** in *Exposit. omnium Authenticar.* ad *Auth. Nouissima C. de inoff. testam.* Lib. III. tit. 28. n. 56. pag. 302. **LAUTERBACH** in *Colleg. Th. Praët. Pandectar.* tit. de inoff. testam. §. 43. et in *Diff. de singulari fratrum iure.* Membr. 2. §. 24. **STRUV** in *Syntagm. iur. civ.* Ex 10. th. 32. *E. F. de PUFFENDORF* in *Obs. iur. uniu.* Tom. III. Obs. 171. *de WERNHER* in *Observat. forens.* P. III. Obs. 82. *Tob. Iac. REINHARTH* in *Select. Observat. ad Christianaei Decisiones* Vol. I. Obs. 54. p. 133. *Io. Christ. CLAPROTH* in *Diff. de computo legitimae secundum personas* Goett. 1739. §. 24. *Aug. Wilh. MEYER* in *Diff. de determinanda legitimae quantitate.* Goett. 1776. §. 18. et 19. *Car. Frid. GERSTLACHER* von richtiger Berechnung des Pflichtteils der Aeltern Kinder und Geschwistlere, wenn der überlebende Ehegat-

sint, an iisdem praeteritis, extranei vocati, nulla turpitudinis macula laborantes, sola legitima parentibus relicta, et in casu quidem priori fratrum rationem habendam esse in computatione legitimae portionis parentum, sicque legitimam eorum constituere tantum partem eius, quae ab intestato iis obuenisset, portionis; in casu vero posteriori parentibus hereditatis trientem legitimae nomine assignandum esse, existimant ⁶). Neque denique desunt, qui etsi soli adsint parentes, tamen legitimam eorum portionem ad semissem usque amplificari posse sibi persuadeant ⁷).

A 3

Con-

Ehegatte miterbt. Stuttgart 1772. 4. §. 12.
Car. Lud. Christ. ROESLIN in den Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichtteils
 2 Stück. (1773) §. 14. et 15. *Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preussischen Staaten.*
 VIII. Sammlung I. Abschnitt Praeiud. 3. p. 16. und 17.

⁶) Istam sententiam tenent Io. VOËTIVS in *Commentar. ad Digesta tit. de inoff. testam.* §. 47. Sam. STRYCK *de cautelis testamtor.* Cap. XVII. M. I. §. 24. MERLINVS *de legitima* Lib. I. Tit. 4. qu. 3. Quorum partes secutus quoque esse videtur Io. SCHILTER *Ex. XIV.* §. 82.

⁷) Hanc opinionem tuentur B. L. SVENDEN. DOERFFER *ad Eckolti compendiar. Pandectar. Tractat.*

Concedunt quidem isti, talem ascendentium numerum, qualis ad semissis augmentum desideratur, neque in primo gradu deprehendi, neque in secundo, contingere tamen posse, vt in tertio deprehendatur. Fac enim concurrere e linea paterna aui paterni patrem et matrem, nec non auiae paternae matrem; ex linea vero materna aui materni patrem, nec non auiae maternae matrem, quos proauos proauiasque vocare solemus, habes quinque ascendentes, quot ad semissis augmentum requiruntur. Ex quo igitur sententiarum diuortio intelligitur, omnis disputationis cardinem in eo verti, vtrum secundum *Nov. XVIII.* I) legitima parentum portio semper triens sit, an vero et ea semissis augmentum, vt illa, quae liberis debetur, attingere queat, deinde II) an sit triens vel semis totius hereditatis, an portionis solum eius, quam parentes ab intestato fuissent habituri. Equidem vero, cum nemo, quod sciam, ea de re adhuc dedita exposuerit opera, neque diuersarum, quas in medium protuli, sententiarum rationes

Traſſat. Lib. V. Tit. 2. ad §. 7. p. 232. Io. Ortio. WESTENBERG de portione legitima Diff. III. Cap. III. §. 20. T. I. Oper. a. I. H. IUNGIO editor. p. 35. N. H. GUNDLING ad tit. Dig. de inoff. testam. §. 45.

tiones satis et ita quidem examinauerit quispiam, ut, quae vera sit sententia, tuto amplecti queas, id mihi negotii datum esse credidi, ut istud argumentum diligentius uberiorque pertractarem. Qua ego in re ita versabor, ut, praemissis Sectione generali iis, quae tanquam fundamenta sententiae nostrae ponenda sunt, Sectione altera primo ipsam *Nouellae XVIII.* sententiam explicem, deinde veram ex ea de computanda parentum legitima opinionem confirmem, eorumque, postremo, qui contra nituntur, rationes Sectione tertia accurata mentis trutina examinem atque infringam.

S E C T I O . I.

GENERALIA DE LEGITIMAE PORTIONIS PARENTVM INDOLE COMPREHENDENS.

§. II.

Notio legitimae portionis, in specie parentum, euoluitur.

Si qua bonorum defuncti pars debetur, ea vel ad tales personas pertinet, quae nobis tertio gradu lineae obliquae proximiores sunt,

A 4

vel

vel non. Si prius vel ad eas ita spectat, ut, nisi querelae locus relinquatur, ab illa sine iusta causa excludi nequeant, vel secus. Priori in casu **LEGITIMAE PORTIONIS** explicatam notionem habes ⁷⁾). Sunt vero proximiores illi, qui legitimam exigendi portionem iure gaudent, vel quoad ipsam lineam collateralem tales, vel ad rectam lineam pertinent. Si illud *legitima portio fratrum*

⁷⁾ Ita fere legitimae portionis notionem explicatam quoque dedit eximius **ICtus Io. Hartw. REUTER**, in elegantissima *Diss. de effectu querelae inoff. testamenti iuxta ordinem edicti successorii institutae intuitu non querentis* Halae 1749. rec. 1765. §. I. cuius tamen notiones me paulo adhuc politius limasse, cuilibet haec nostra cum iis, quae **REUTERVS** habet, contendenti facile in oculos incurret. Paulo aliter rem definiuit **Petr. de TOVLIEV** in *Diss. de portione legitima titulo institutionis relinquenda*, quae extat in **EIVSDEM** *Collectaneis iuris civ. a Io. WOLBERS editis* (Groeningae 1737.) §. 10. **LEGITIMAM PORTIONEM** dicens eam, qua relicta, cessat; non relicta, competit querela inefficaci; quae tamen notio limam desiderat. Caeterum conf. *L. 8. §. 8. D. et L. 29. C. de inoff. testam. L. 5. C. de inoff. donat. et WESTENBERG de legitima portione* *Diss. II. cap. I.*

trum sororumque est ⁸⁾; si vero posterius vel
ad lineam ascendentem vel ad lineam descen-
dentem

A 5

- 3) Ad alios igitur cognatos, qui sunt ultra fratres sororesque, legitimae portionis exigendae ius haud pertinet, *L. 1. D. de inoff. testam. L. 21. C. eodem. Corn. van BYNCKERSHOECK in Observat. iur. rom. Lib. V. cap. 5.* Est quidem singularis quorundam Ictorum opinio, qui ex analogia iuris nouissimi etiam praedefunctorum fratrum germanorum filiis legitimam deberi statuunt, propterea quod eos propriis Thiis, ab vno tantum latere iunctis, etiam consanguineis, in *Nov. CXVIII.* antetulerit *IUSTINIANVS*, adeoque magis inofficiosum dicendum sit testamentum, in quo illi, quam in quo fratres, ab vno tantum parente coniuncti, exheredati vel praeteriti sint. Ita sibi persuaferunt *I. H. BOEHMERVS* in *Diss. de querela inoffic. fratr. consanguineor.* et *P. de TOVLIEV* in *Diss. de querela inofficiosi*, quae est in *Eiusdem Collectan. iur. civ. a Io. WOLBERS editis (Groeningae) pag. 223.* Enimvero dudum erroris eos conuicit. *Celeb. I. L. E. PÜTTMANNVS* tum in *Diss. de querela inoff. testam fratribus uterin. haud concedenda* Cap. II. §. I tum in *Interpret. et Observat. iur. rom. cap. XXXI.* recteque docuit, a successione ab intestato ad ius legitimam capiendi portionem haud valere consequentiam. Etsi vero legitima portio iis tantum relin-
- quenda

dentem pertinent. Illo in casu *parentum*,
in hoc vero *liberorum legitima portio* dicitur.
Est

quenda sit, qui sunt tertio gradu lineae obliquae proximiores, neque tamen quemquam neque nos praeterit, multum profecto referre, liberisne aut parentibus, an fratribus sororibusue portio haec debeat, cum in liberis et parentibus nihil omnino intersit, quis sit heres scriptus, in fratribus autem personarum a defuncto institutarum sane habenda sit ratio. Iure quidem Pandectarum res non adeo expedita esse videtur, utrum fratribus indistincte, an vero non nisi persona minus honesta instituta, portio legitima, et hac non relicta, querela inofficiosi competierit. Si enim *VLP IANVS* in *L. 24. D. de inoff. testam.* ait. *Circa inofficiosi querelam euenire plerumque assolet, ut in una atque eadem causa diuersae sententiae proferantur. Quid enim, si fratre agente, HEREDES SCRIPTI DIVERSI IURIS fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videtur; Quis est, qui, si cum honestis, infimae sortis et conditionis homines, lenones, seruos maleferiatos, heredes esse scriptos, cogitauerit, non inducat animum suum, hos VLP IANVM d. l. 24. sub diuersi iuris heredibus comprehendisse? eo magis cum relatum legerit apud VALERIVM M. Lib. VII. c. 8. Ex. 4. Praetorem lenoni denegasse bono.*

Est igitur **LEGITIMA PORTIO PARENT-
TVM** portio bonorum hereditatis, parentibus, a
filio

bonorum possessionem. Quid? si ipsum **PAV-
LVM** in medium adduxerit, dicentem *L. 31.
§. 1. D. eodem, Quantum ad inofficiosi libero-
rum vel parentum querelam pertinet: nihil in-
terest, quis sit heres scriptus ex liberis, an
extraneis, vel municipibus; numne satis ex
hac, cuius hic mentionem fecit, heredum
diuersitate elucescere videatur, contra quos
agens frater, vt alter pro parte testatus pro
parte intestatus decesserit, ex mente **VLPIA-
NI** efficiat, cum nihil tam naturale sit, quam
si turpis heres repellitur, et alter honestior
e iudicio victor discedit, quasi et a testato et
ab intestato succedi? Et ita quoque visum
est duumuiris celeberrimis **Ger. NOODTIO** in
*Comment. ad Dig. tit. de inoff. testam. pag. 162.
(Tom. II. Oper. Lugd. Batav. 1735.)* et **Car.
Frid. ZEPERNICKIO** in elegantissimis,
quas in **SICCAMAE** *de iud. centumv. li-
bellum* scripsit, *animadversionibus* Lib. II. c. 7.
not. f. pag. 163. Nihilo tamen secius contra
nitentium partes magno molimine tuiti sunt
Ioan. van de WATER in *Obseruat. iur. Rom.*
Lib. I. c. 12. et **Io. Guil. MARCKART** in
Interpret. receptar. iur. civ. Lesson. Lib. I.
c. 14. ac olim quidem ante **CONSTANTI-
NUM M. Imp.** fratribus atq. sororibus sine
discrimine competiisse querelam, siue turpi
siue*

filio testatore in casu deficientium liberorum ex legum praescripto necessario relinquenda ⁹⁾).

§. III.

sive non turpi herede scripto, in testamento fraterno praeteriti essent, propugnare sategerunt, freti *L. 1. L. 6. pr. L. 8. §. 5. D. et L. 21. C. de inoff. test.* auctoritate. Sed haud ego contendam cum quoquam ea de re pertinaciter, utcumque enim sit, sane CONSTANTINVM M. non solum vterinos ab inofficiosi testamenti accusatione, et ita quoque a iure exigendi portionem legitimam plane exclusisse, sed reliquos etiam fratres, non tantum consanguineos, sed et germanos, contra quidquid dicat *Ioan. van de WATER loc. cit. pag. 72.* haud aliter admitti voluisse, quam si turpis persona ipsis antelata esset, ex *L. 1. et 3. C. Th. de inoffic. testam.* satis constat, ex quibus concinnata est a TRIBONIANO *L. 27. C. Inst. eodem.* Vtrum vero *Nov. CXVIII.* huic *L. 27.* obroget, magna quidem eximios inter Ictos altercatio est. Sed nihil opus esse putamus, denuo hanc litem contestari, cum idem argumentum PÜTTMANNVS, TRVM-MERVS, Herm. LORENZIVS et alii; quorum scripta cuius, opinor, nota sunt, ea, qua par est, elegantia tractauerint.

⁹⁾ *L. 30. et 32. Cod. de inoff. testam. Nov. 115. cap. 4.*

§. III.

Parentes hoc in argumento qui dicantur? Veterum de ea appellatione dissensio. Quibus parentibus legitimæ portionis exigendæ ius detur?

Quum vero, si descendentes defuncti nulli extant, parentibus, quos quidem nulla sub-
mouet pupillaris substitutio ¹⁰⁾, portio de-
beatur legitima, dispiciendum nunc est, qui
hoc in argumento PARENTVM nomine in-
telligantur, quibusque parentibus percipien-
dæ legitimæ portionis ius competat? Etsi
vero disputasse veteres de eo, an paren-
tum appellatio ad omnes omnino ascenden-
tes

¹⁰⁾ L. 8. §. 5. D. de inoff. testam. cap. 1. de te-
stam in 6to. Ant. MERENDA in Controv.
iuris Lib. III. c. 40. Phil. Jac. HEISLERVS
in Diss. de pupillariter substituto hered. legitim.
praecipue matrem pupilli exclud. Hal. 1750.
G. S. MADIHN in Diatr. de viciss. substitu-
tionis impuberum. rec. et reuisa Hal. 1769.
§. 23. Christ. Gottl. EINERT de dissensu iu-
ris patrii et subsidiarii in quaestione, utrum
substitutione pupillari mater iure petendi legi-
timam priuatur. Lips. 1774. et Io. Balth.
KÜSTNERI elegantiss. Diss. de pupillari te-
stamento praeterita impuberis matre rato.
Lips. 1788.

tes pertineat, testetur **VLP IANVS** ¹¹):
*Quidam, inquit, parentem usque ad tritaum
 appellari aiunt; superiores maiores dici. Hoc ve-
 teres existimasse, POMPONIVS refert: sed
 GAIVS CASSIVS omnes in infinitum parentes
 dicit, quod et honestius est, et merito obtinuit;*
 huic tamen altercationi supersedere facile
 possum, cum raro continget, ut quis vel tri-
 tauum reliquerit, tantum abest, ut ascen-
 dentes vigerent tritauo superiores. Vtcun-
 que se res habeat, **ICTOS**, quorum in Pan-
 dectas relata sunt fragmenta, parentum no-
 mine omnes in infinitum accepisse ascenden-
 tes, certum est ¹²). Et quamvis veterem
 illam

¹¹) *L. 4. §. 2. D. de in ius voc.* Ad illa **VLP IANI** verba multa lectu omnino digna pro-
 feruntur in *C. A. DVCKERI Opusc. de La-
 tinitate Iurisc. vet.* pag. 219. add. *H. I. ARNT-
 ZENIVM in Diss. ad L. 2. D. de in ius voc.*
Cap. 3. adiect. EIVS Miscellaneor. libro
(Traj. ad Rhen. 1774.) p. 272. sqq.

¹²) *L. 1. 2. et 3. D. de gradib. et adfin. L. 1.
 §. 1. D. de legat. praest. contra tab. b. p.
 pet. L. 51. D. de Verb. Signif. Vid. Io.
 GOEDDAEI Commentar. rep. prael. in tit.
 Pand. de Verbor. signif. ad L. 51. h. t. B.
 BRISSONIVS de Verb. signif. v. PARENS
 et H. G. van VRYHOFF in Obseruat. iur.
 tiv. (Amstelæd. 1747.) c. 24. p. 123. sq.*

illam opinionem, non ultra tritauum parentes cenferi, fequi videatur PAVLVS ¹³), is qui *parentes*, ait; *vsque ad tritauum apud Romanos proprio vocabulo nominari; ulteriores, qui non habent speciale nomen, maiores appellari*, huius tamen Icti verba, licet ambigua, ita intelligenda effe, quod nullum Romanis proprium fuppetierit vocabulum, quo parentes ultra tritauum designent, fed eos generali maiorum appellatione significauerint, dudum recte docuit ARNAVDVS ¹⁴). Nequaquam vero in iure obtinuiſſe negat, vt parentes in infinitum de omnibus maioribus intelligere liceret; cum exprefſe morem Romanorum a iuris diſpoſitione diſcernat, vt ex toto illo fragmento colligitur. Quod ſi autem nunc quaeritur, quibus parentibus legitima debeatur portio, VLPIANVS ¹⁵) quidem

¹³) L. 10. §. 7. D. de grad. et adfin.

¹⁴) Georg D'ARNAVD in variis coniecturis iur. civ. (Leouard. 1744.) Lib. I. cap. 5. pag. 44. ſqq.

¹⁵) L. 1. D. de inoff. teſtam. Contra hanc VLPIANI legem longa quidem eſt iniuria longaue diſputatio Ant. FABRI in Rational. in Pandect. Tom. II. Part. I. pag. 98. ſq. is qui eam ſiue a Triboniano aliisque Pandectarum Com:

dem omnibus promiscue parentibus de inofficioso disputandi facultatem tribuit, enim vero, cum varia dentur ascendentium genera, necessarium omnino videtur, ut ea primo

Compileribus, siue ab imperito quodam interprete corruptam esse existimat, propterea quod ea, qua VLPPIANVS floruit, aetate non solum liberis et parentibus competierit, sed publica fuerit, et cuilibet permessa inofficiosi accusatio. Igitur *parentes et liberos* hic delendos censet, legemque ex VLPPIANO ita, si dīs placet, restituit: *Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas. Omnibus enim de inofficioso licet disputare.* Sic ille auctoritate eiusdem VLPPIANI fretus in L. 6. §. 1. D. de inoff. testam. sed perperam sane. Non cogitavit Vir elegans, quam foret periculi plena res, veterum legum libros sine vlla necessitate aut idonea auctoritate corrigere, Nullum in L. 1. subesse glossema, sed omnia sana esse, neque Fabrianam emendationem adiuuare L. 6. immo eam potius euertere, demonstratione haud eget perdifficili. Quis unquam audiuit, publicam fuisse de inofficioso accusationem, aut cuilibet permissam, nullo vel sanguinis vinculo cum testatore iuncto? VLPPIANO quidem ἀρυσόρον tale in mentem non venit, is qui in L. 6. §. 1. D. de inoff. test. ab ANTONIO nostro male intellecta, sequentem proposuit speciem: *Si quis ex*
his

17

mo loco perlustremus, idque eo magis, cum
omnium quidem neque eadem ratio neque
idem

*his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) et casu obtinuerit: non ei profit victoria; sed his, qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patrem fam. facit. Ergone verba: nemo enim eum repellit, in eam te sententiam pellexerunt, ut VLP-
PIANVM sibi contradixisse ipsi crederes? Sa-
ne ita est; sed vereor quaeso, ut sis egregie lapsus. Nam cogites primum, utrumque VLP-
PIANI locum, ex eodem libro XIV. ad
Edictum desumptum esse. Deinde quid impe-
dit, quominus verba quasi sub conditione di-
cta; nempe si nemo eum repellit, intelligamus?
Ast ista medicina ne quidem opus. Quid
enim? an VLP-PIANVS extraneorum, qui
nullo aut consanguinitatis aut cognationis vin-
culo coniuncti fuissent cum testatore, comme-
minit. Nullane alia causa, cur ad successio-
nem ab intestato non admittaris? Nonne quis
gradu te antecedere potest, te vindicantem
hereditatem, c. i. ille ignotus sit, iudex neu-
tquam a iudicio repellere? Ita profecto rem
se habere, ex simili visione in VLP-PIANI
disputation. Lib. II. unde L. 25. D. eod. de-
cerpta est, eiusque §. i. occurrente, elegan-
ter demonstravit ὁ μακροῖς I. Th. SEGERVS
in*

idem ius sit. Sunt vero parentum duo summa quasi genera constituenda: vnum eorum, qui

in Observat. iur. civ. (Lips. 1768.) cap. II. p. 17. Hae igitur personae, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, et quas de inofficioso agentes, iudex tamen non repellit, e. gr. esse possunt parentes vel ulteriorum graduum, dum propiores sunt in vivis, a quibus excluduntur, vel propiores quidem, sed quos in successione antecedunt testantis liberi. Fac in eiusmodi casu parentes praeteritos egisse de inofficioso, forteque, quia nemo eos repellebat, obtinuisse, non proderit eis victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem, nam intestatum semel fecerunt patremfamilias, atque victoria litis obtenta semper salvis propiorum, intra legitimum tempus petitorum, iuribus intelligenda erit, nisi hi forsan repudiandi animo non venerint ad inofficiosi testamenti accusationem. Quos quidem partem non facere his, qui querelam moverunt, et obtinuerunt, recte respondit *PAVLVS Lib. 2. Quaestionum, L. 17. pr. D. eor.* Denique si vel darem, ad querelam inofficiosi olim admissos a Centumviris fuisse omnes, nullo licet sanguinis vinculo cum testatore coniunctos, nulloque idcirco ab intestato succedendi iure gaudentes, cogita e. g. amicos defuncti, de eo bene se meritos fuisse comprobantes, et de
gra-

qui natura tales sunt, quos alii *veros* appellant; alterum eorum, qui iure quodam com-

B 2

men-

gratitudinis lege impie a testatore laesa conquerentes, caute tamen *VLP IANVS* distinguit inofficiosi accusationem ipsam, a victoriae commodis, quorum ii, qui ad successionem ab intestato nullo modo admittuntur, si vel obtinuerint casu, tamen haud fieri compotes, satis expresse dixit. Qualemcumque vero sententiam sequi quis maluerit, verum est, quod et *MARCILIO* placuit, *in not. ad §. 1. l. de inoff. testam.* duplicem esse ex mente *VLP IANI* inofficiosi actionem, una qua consequimur successionem, altera, qua consequimur rescissionem testamenti, successio vero ad heredes ab intestato proximos pertinet; de qua posteriori *VLP IANVS* loquitur *d. L. 6. de priori* vero *L. 1. vbi* non nisi liberis, parentibus, et, quos tacite subintelligit, fratribus de inofficioso disputandi facultatem tribuit, nimirum utiliter et cum effectu, ita ut victoria litis aëtori profit. Id quod ex verbis finalibus *L. 1.* maxime apparet, *cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent,* seu ut *Haloandrina* legit, *cum obtinendi spem non habeant;* quae tamen lectio vereor, ut *HALOANDRI* ingenio sit confecta, etsi ea, cum latine omnino ita dicendum

mentitio pro parentibus habentur, quorum
 e censu *adoptiui* sunt et *spirituales* ¹⁶⁾ Ascen-
 dentes

dum fuisset, attulerit quoque HVGONI A
 PORTA. Nihil tamen mutandum, sed grae-
 cum, quo VLPIANVS hic utitur, dicendi
 genus apud auctores nostros non esse infre-
 quens, dudum *Ant. AVGVSTINVS* iam
 animaduertit *Lib. II. Emendat. cap. 2.* cui
 addas BYNCKERSHOECKIVM *Obs. iur.*
Rom. Lib. V. c. 5.

¹⁶⁾ Olim parentibus ob summam manumitten-
 tem inter atque libertum necessitudinem pa-
 tronos quoque annumeratos fuisse constat.
 Cum enim libertus patrono suo veluti caput
 et vitam civilem deberet, consequebatur, ut
 patronus illi veluti pater ac proximus agna-
 tus haberetur. Nam praeterquam quod pa-
 troni nomen a *patre* est, loco filiorum pa-
 trono fuisse videntur liberti, cuius et nomen
 adsumere solebant, ut non solum LACTAN-
 TIVS *Div. Instit. Lib. IV. cap. 3.* observa-
 vit, sed etiam tot alia iuris civilis loca, in
 libris nostris occurrentia, confirmant: *L. 77.*
§. 15. L. 88. §. 6. D. de legat. 2. L. 38. §. 2.
L. 94. D. de legat. 3. L. 32. §. ult. D. de te-
stam. tut. L. 108. D. de condit. et demonstr.
 Hinc Praetor, cui iniquum visum fuit, liber-
 tum sine liberis decedentem instituto extraneo
 patronum impune praeterire posse, dedit ita
 praeterito, vel minus dimidia parte instituto,
 con-

dentes veri vel legitimi sunt, ex iustis vel putatiuis nuptiis tales, vel parentes sunt liberorum legitimorum, vel illegitimi denique sunt. Vt vero de iis parentibus primum dicamus, qui ex iuris vel ciuilis vel canonici fictione pro talibus habentur, adop-

B. 3

tiuis

contra tabulas liberti bonorum possessionem usque ad partem hereditatis dimidiam. **VLPIANVS** *Tit. XXIX. Fragmentor. §. 1.* Hoc amplius cauit, vt idem ius bonorum possessionis haberet patronus, etiam quum libertus suum heredem adoptium tantum reliquerit. **VLPIANVS** *c. l. IUSTINIANVS §. 1. l. de success. libertor.* Quantum postea lege *Papia Poppaea*, et tandem **IUSTINIANI** constitutione ab hoc iure fuerit discessum, hic omitto, ne lineas transiliem. Si lubet, conferas *Ios. FINESTRES in Hermogeniani iuris epitomar. libros VI. Commentar.* (Cervar. Lacetan. 1757. 4.) Tom. II. pag. 734. *Io. Gottl. HEINECCI ad leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Commentar. Lib. II. cap. 22.* *Ant. SCHULTINGIUM ad Vlpiani loc. cit. not. 12. Iurisprud. Antejust. pag. 676.* *Henr. Theod. PAGENSTECHER in Commentar. in Sexti Pomponii l. cti ad Sabinum de re testam. et de bonor. possessionibus libros IV. p. 127. sqq.* *Iani a COSTA in Iustiniani Institut. Commentar. ad §. 2. et 3. l. de success. libertor. et reliq. Commentatores.*

tiuis scilicet, atque spiritualibus, iis quidem nullam deberi legitimam, nihil dubitationis habet. Quod enim ad parentes adoptiuos attinet, filius vel in potestatem patris adoptiui transiit, id quod in arrogatione et adoptione plena contingit, vel non, vt in adoptione minus plena; si posterius, nullum parenti eiusmodi adoptiuo legitimam portionem exigendi ius competere, ex eo statim intelligitur, quod parentes imperfecte adoptantes liberis a se adoptatis ne quidem ab intestato succedant.¹⁷⁾ Si vero prius, amplius distinguendum esse arbitror, vtrum filius in potestate patris adoptiui adhuc fuerit constitutus, an vero viuo patre adoptiuo e sacris eius exierit. In casu priori itidem nullam patri adoptiuo portionem legitimam deberi, haud ambiguum videtur. Cum enim legitima portio sit illa hereditatis portio, a qua tertio gradu lineae obliquae proximiores absque iusta causa excludi nequeant (§. 2.), sequitur, illam tantum deberi, atque locum habere posse, I) in hereditate illorum, qui testamentum condere valent, II) in heredis institutione necessaria, si nimirum

testa-

¹⁷⁾ *L. 10. §. 1. in fin. C. de adopt. Ill. Кочн de Succ. ab int. §. 64. et 67.*

testator ad quasdam personas vel instituen-
das vel in specie exheredandas obligatus est.
Iam vero testamenti faciendi ius non habet,
qui in potestate parentis est, siue naturalis
filius, siue adoptiuus sit ¹⁸⁾, fieri igitur
etiam non potest, vt ex legum necessitate
quasdam personas aut instituere aut exhere-
dare teneatur. Et quamuis filiisfam. qui ca-
strense vel quasi castrense peculium habent,
quoniam in iis patrum familias loco habentur,
testari permissum ¹⁹⁾, tamen, cum IVSTI-
NIANVS ultimas eorum voluntates inofficiosi

B 4 quere-

¹⁸⁾ CAIVS in *Instit. Lib. II. Tit. 2. §. 1. L. 6.*
D. qui testam. facere poss. L. pen. C. eodem
tit. Rationes, quare filiisfamilias denega-
ta sit testamenti factio, ingeniose exposuerunt
Hieron. de OROZ in Apicibus iuris civ. Lib.
V. cap. 6. et Christ. Nic. SCHVMACHER
in Diff. de exclusione filiorumfam. a testamenti-
factione spec. quoad bona aduent. extraord.
Goett. 1781.

¹⁹⁾ *Pr. 1. quib. non est permiss. fac. testam.*
L. 6. §. ult. D. de iniust. rupt. irr. testam.
L. 2. D. ad Scum Macedon. L. 3. §. 5. D.
D. de bonor. possess. IUVENALIS Satyr.
XVI. Etsi ante IVSTINIANVM quibus-
dam tantum, qui nempe. erant in eminenti
dignitate constituti, per speciale privilegium
de

querelae subiici proſus noluerit ²⁰), ne ex
iis quidem parentes adoptiuos legitimam por-
tionem ferre poſſe, vnusquisque facile intel-
ligit. In caſu vero poſteriori adoptiuo pa-
tri nullam ex teſtamento filii, quem emanci-
pauit, deberi legitimam, tum ex eo appa-
ret, quod PAPINIANO teſte ²¹) in omni
fere

de peculio quaſi caſtrenſi teſtari permiſſum
fuerit, id ipſe tamen omnibus, qui, quae
quaſi caſtrenſis peculii ſunt, poſſident, filiis-
familias conceſſit IUSTINIANVS §. ult.
I. de militari teſtam. L. ult. Cod. de inoff.
teſtam. Conf. Chriſt. RAV *hiſtoria iur. civ. de
peculiis* §. VIII. Caeterum peculii quaſi ca-
ſtrenſis frequens iam in Pandectis mentio oc-
currit, vt in L. 1. §. 15. D. de collat. L. 3.
§. 5. D. de bon. poſſ. L. 7. §. ult. D. de do-
nat. et alibi, quae quidem loca, etſi a TRI-
BONIANO interpolata eſſe omnia, ſibi per-
ſuaſerit Fr. BALDVINVS in *Iuſtiniano* Lib.
III. p. 298. Triboniani tamen cauſam egre-
gie egerunt Jac. GOTHOFREDVS ad L. 3.
C. Th. de poſtuland. et Ant. SCHVLTING
in *Iurispr. Antejur.* pag. 470. not. 27. qui-
bus addendus Joſ. FINESTRES in *Praeleſſ.
Ceruuar. ſ. Commentar. academ. ad tit. Pand.
de acquirenda vel omitt. hereditate.* P. II.
cap. 5. §. 42. pag. 330. (Ceruariae Lacetan.
1750.)

²⁰) L. ult. Cod. de inoff. teſtam.

²¹) L. 13. D. de adopt.

fere iure, finita patris adoptiui potestate, nullum ex pristino retineatur vestigium, atque proinde, IUSTINIANO auctore ²²⁾ emancipati a patre adoptiuo, neque iure ciuili, neque eo iure, quod ad edictum Praetoris attinet, inter liberos connumerentur; tum, quod adoptium patrem contra testamentum filii emancipati ad querelam esse admissum, nullibi deprehendamus. Quae quum ita sint, merito sane mireris, quid sit, quod viri profecto non incelebres et iuris peritissimi in eum incidere potuerint errorem, vt parentibus etiam adoptiuis dari querelam inofficiosi existimarent ²³⁾. Quod ne sibi aliisque temere persuasisse videantur, primum desumunt argumentum ex *L. 30. D. de inoff. testam.* vbi MARCIANVS: *Aduersus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.* Deinde argumenti loco vtuntur, quod ascendentes adoptiui vi *L. penult. C. de adopt.* hodie sint heredes legitimi; denique sibi ad-

B. 5. *inoff. test.* n. 28.

²²⁾ § 4. *I. de exhered. liberor.*

²³⁾ In hac sententia praecipue sunt Hugo DONELLVS in *Commentariis iuris civ.* Lib. XIX. cap. 4. n. 30. pag. 267. et Matth. WESENBECIUS in *Commentar. ac Praelect.* in *tert. Libr. Cod. tit. de inoff. test.* n. 28.

stipulari censent. *VLPIANVM L. 1. D. de inoff. test.* ubi generaliter dixit, *omnibus parentibus de inofficioso licere disputare*; ex quo loco non posse non colligi putant, parentibus etiam adoptiuis competere querelam. Verum enim vero, quae nobis obuertunt, argumenta, ea profecto omnia ita comparata non esse, ut deferendum ideo existimemus vadimonium, in oculos fere incurrit cuique iurium non imperitissimo. Quod enim ad primum argumentum attinet, *MARCIANVM* de adoptiuis parentibus prorsus non loqui, plane persuasus sum. Etsi enim verba *d. L. 30.* obscuritate quadam laborare videantur, hanc tamen, si quid video, speciem continent. Quidam filium suum alii dedit in adoptionem, translata in eum patria potestate: post mortem patris adoptiui filius sui iuris factus, testamentum condidit, patremque naturalem in eo praeteriit. Ita quidem scholias Graecus ²⁴⁾ hanc speciem effinxit, et recte sane. Nam si dixeris cum *Ant. FABRO* ²⁵⁾, filium emancipatione e sacris patris adoptiui exiisse, ineptum foret adoptionis in querela concedenda mentionem facere, cum per eman-

cipatio-

²⁴⁾ *Basilic. Lib. XXXIII. tit. 1. Tom. V. p. 258.*

²⁵⁾ *in Rational. Pand. ad d. L. 30.*

cipationem soluta penitus adoptione, ille filius ad conditionem emancipati simpliciter a patre naturali filii rediisset ²⁶⁾, quod vero longe secus est, si filius in adoptionem datus morte patris adoptivi sui iuris factus est, quia agnatio per adoptionem orta morte patris adoptivi non tollitur ²⁷⁾. Quaerebatur igitur in specie proposita, vtrum pater naturalis, in testamento filii praeteritus, de inofficioso agere queat? Erat quidem dubitandi ratio, quod filius, in adoptionem datus, e familia patris naturalis exiisse, eademque se abdicasse videretur. Meminit enim *SERVIVS ad Virgilium* ²⁸⁾: *Consuetudinem fuisse apud antiquos, ut qui in familiam vel gentem transfiret, prius se abdicaret ab ea, in qua fuerat, et sic ab alia reciperetur*. Proinde filius adoptivus respectu patris naturalis pro extraneo

²⁶⁾ §. 4. *I. de exher. lib.* §. 12. *I. de hered. quae ab int.*

²⁷⁾ *L. 2. §. 3. D. de suis et legit. L. 2. §. 14. L. 7. D. ad Sctum Tertull.* quamvis enim per mortem patris adoptivi de eiusdem potestate exiit filius, tamen mansit in eiusdem familia *L. 9. D. de bon. poss. contr. tab.* Vid. *Bart. CHESII Interpretat. iur. Lib. 1. c. 9. n. 20.*

²⁸⁾ *Lib. 2. Aeneid. vers. 155 et sq.*

neo ²⁹⁾ haberi debuit. Sed nihilominus affirmat MARCIANVS in *d. L. patrem naturalem recte agere posse*. Quum enim pater naturalis facere haud possit, etiamsi maxime velit, ut pater esse desinat, propterea quod naturalia quidem iura ciuili ratione neque corrumpi vnquam neque deleri possint ³⁰⁾, hincque in filio, quem alii in adoptionem dedit, auctore IVSTINIANO ³¹⁾ aliquae manerent ex iure naturali reliquiae, profecto filius, qui patrem naturalem praeterierat, pietatem huic debitam laesisse videbatur, quam ob rem recte MARCIANVS has pietatis naturalis reliquias iuris ludibrio praeferens, patri naturali querelam perinisit aduersus testamentum filii in adoptionem dati, et rursus sui iuris facti; id quod et factum ante fuisse decreto quodam *C. Calpurnii Pisonis*, Praetoris urb. constat, quem eo nomine laudauit VALE-
RIVS MAXIMVS ³²⁾ cuiusque ut adscribamus verba, rei illustrandae causa, operae omnino

²⁹⁾ §. 4. *I. de exher. liberor.*

³⁰⁾ *L. 8. D. de cap. minut. §. ult. I. de legit. patron. tut. L. penult. pr. C. de adopt. L. 1. §. 6. D. si a parent. quis manumiss.*

³¹⁾ *L. 10. §. 1. C. de adopt.*

³²⁾ *Lib. VII. c. 7. §. 5.*

omnino pretium esse videtur. Egregia quoque est C. Calpurnii Pisonis Praetoris Urb. constitutio. Cum enim ad eum Terrentius ex octo filiis, quos in adolescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato, exheredatum se querelam detulisset: bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est. Mouit profecto Pisonem patria maiestas, donum vitae, beneficium educationis: sed aliquid etiam flexit circumstantium liberorum numerus, quod cum patre septem fratres impie exheredatos videbat; quem locum egregio commentario illustravit Ant. SCHULTINGIVS³³). Quibus vero fidiculis, patri quoque adoptiuo querelam inofficiosi dandam esse, ex hac Lege elicuerint viri docti, equidem non perspicio³⁴). Neque vero in altero, quo contra sentientes vsi sunt, argumento, a legitima parentum adoptiuorum successione ducto, maius aduersae illius opinionis fulcrum aut

³³) in *Diff. de testamentis rescissis*, quae est inter *Commentat. eius academicas*, Halae iunctim editas *Diff. VI.*

³⁴) Caeterum ad L. 30. cit. conferri merentur Ger. NODT in *Commentar. in Digesta tit. de inoff. testam.* Oper. omn. Tom. II. pag. 161. in fin. sq. et Pet. de TOULLIEU in *Collectan. iur. civ. Diff. V.* pag. 232.

aut praesidium reperio, cum inter omnes constet, ascendentes non nisi perfecte adoptantes, nullaue emancipatione facta, filio adoptiuo ab intestato succedere, vt ex ipsa *L. 10.* luculenter perspicitur. Neque me denique terret *VLPIANI* auctoritas, is enim dum omnibus parentibus querelam dari ait, non omnes promiscue, sed eos intelligit, qui in hoc argumento, quo de agimus, parentum nomine comprehenduntur, vt recte vidit *Corn. van BYNCKERSHOEEK* ³⁵⁾ ergo omnes, quibus debetur legitima ³⁶⁾. Quod vero de ascendentibus spiritualibus diximus, id ipsum eo minus dubii habere videtur, cum necessitudo illa, ciuilis cognationis exemplo inducta, quae spiritualis cognatio dicitur, ex iuris canonici doctrina matrimonium quidem impediatur, sed nullam tribuat successionem ³⁷⁾. Restat, vt de ascendentibus veris dispiciamus, et

³⁵⁾ in *Observat. iur. rom.* Lib. V. c. 5. pag. 16.

³⁶⁾ *L. 8. §. 8. D. et L. 6. Cod. de inoff. testam.*

³⁷⁾ Conf. *STRYCK de Success. ab intestato* Diss. II. Cap. I. §. 52. *Zeg. Bern. van ESPEN in Iure Eccles. Vniuerso P. II. Sect. I. Tit. 13. cap. 7. Oper. Tom. II. pag. 146. edit. nouiss. Venet. 1781. et Car. Sebast. BERARDVS in Commentar. in ius eccles. vniuersum Tom. III. Diss. IV. Cap. IV. pag. 110. (edit. Venet. 1778.)*

et iis quidem primum, qui *legitimi* sunt, ex iustis vel putatiuis nuptiis tales. His quidem legitimam deberi portionem, non ambigitur, siue sint masculini sexus, siue sequioris, siue primi gradus sint, siue vlteriorum graduum, modo proximior eius ordinis nemo eos antecedit ³⁸), et qui ex nuptiis putatiuis ascendentes legitimam cupiunt, in bona sint fide ³⁹). Idem quoque dicendum esse censeo

³⁸) REUTER in *Diff. supra laudata* §. XI.

³⁹) Certa enim regula est, quam ita constituit Io. Nic. HERTIVS in *Commentat. de matrimonio putativo* (Halae 1747.) §. XXI. *Quae communi iure insunt nuptiis veris, etiam putatiuis, saltem bona fide utentem quod attinet, inesse censentur.* arg. *L. 136. D. de R. I. L. 4. C. de incestu.* Sicuti igitur parentibus, qui ex veris et iustis nuptiis tales sunt, legitima debetur portio, ita, quominus idem quoque circa ascendentes ex nuptiis putatiuis tales, quatenus in bona fide sunt, obtineat, nihil impedimenti subest, cum et liberi ex huiusmodi matrimonio procreati legitimae successionis parentum plene capaces habeantur. *c. 14. X. qui fil. sint legit.* Vid. Tob. Iac. REINHARTH in *select. Observat. ad Christinaeum* Vol. I. Obs. 78. nec obstat *cap. 10. X. eod. tit.* ut ex ANAKO ROBERTO egregie ostendit GONZALEZ TELLEZ in *Commentar. ad diff. cap. 10.*

seo de ascendentibus liberorum, qui ex legitimis quidem nuptiis non sunt progeniti, per subsequens tamen matrimonium aut per rescriptum principis plene legitimati fuerunt. Cum enim legitimatio vtraque iura liberorum legitimorum legitimatis tribuat respectu ipsorum parentum, a quibus illegitime procreati sunt, ita, ut IVSTINIANO ⁴⁰⁾ dicente, nihil omnino a legitimis filiis differant, adeoque etiam aeque ac legitime nati legitimam hereditatis portionem a parentibus exigendi iure gaudeant ⁴¹⁾; consequitur, idem quoque iuris esse debere quoad ascendentes ipsos liberorum hoc modo legitimatorum, eo magis, quod legitima ascendentium non tantum eodem favore digna habenda sit, ac legitima liberorum, sed et iisdem dirigatur regulis ⁴²⁾.

§. IV:

⁴⁰⁾ Nov. LXVXIX. cap. 9.

⁴¹⁾ Nov. XII. cap. 4. conf. Ge. Sam. MADIHN
Diss. de legitime natorum portione legitima in
successione cum legitimatis. Hal. 1755. §. 11.
et 12.

⁴²⁾ Conf. Ant. FABER in Cod. Lib. III. Tit.
19. Def. 16. n. 6: et Pet. MÜLLERVS ad
Struuii Syntagn. iur. civ. Ex. 10. th. 11. not. α.

(PUFFEN-

§. IV.

Continuatur; et quatenus ascendentibus illegitimis legitima debeatur portio, disquiritur?

Quod denique ad parentes illegitimos attinet, varii a se inuicem separandi sunt casus. Etenim vel ex damnato complexu, adulterio nimirum vel incestu, tales facti sunt, vel ex alio coitu illegitimo. In casu priori parentibus eiusmodi nullum exigendi legitimam ius competere, in apico est, cum Lex ab omni adulterinorum et incestuosorum liberorum hereditate eos penitus excluderet ⁴³). In casu vero posteriori alia matris alia patris est conditio. Matri quidem ut et ascendentibus maternis reliquis intuitu liberorum naturalium, spuriorum, atque vulgo quaesitorum legitimam deberi portionem, vel ex eo intelligitur, quod tales liberi non solum matri maternisque ascendentibus suc-

cedant

PUFFENDORF in *Obs. iur. univ.* T. II. Obs. 32. §. 4. Sententiam eorum, qui inter legitimam portionem, quae descendentibus, et eam, quae ascendentibus debetur, differentias quasdam constituunt, discutit Ant. FABER de *erroribus Pragmat.* P. I. Dec. XIV. Err. 5.

⁴³) Nov. LXXIV. c. fin. Ill. KOCH de *Succ. ab intest.* §. 60.

cedant instar legitime natorum ⁴⁴⁾, sed etiam, *Vlpiano auctore* ⁴⁵⁾, de inofficioso matris testamento, dicere possint spurii filii. At longe alia patris est ratio. Is enim cum liberos

⁴⁴⁾ §. 4. *I. de success. cognat.* §. 3. *I. de Scō Orphit.* Ill. КОСН de *Success. ab intest.* §. 31. 32 et 34.

⁴⁵⁾ *L. 29. §. 1. D. de inoff. testam Ger. NOODT in Commentar. ad Dig. tit. de inoff. testam. p. 161. MANZIUS de testam. valido vel invalido. Tit. XII. Q. 2. n. 42. REUTER in saepius laud. Diff. §. XII. Neque interesse quidquam puto, an mater illustris sit nec ne. Etsi enim de iure Romano spurii in casu, si mater sit illustris, liberos legitimos habens, nullam neque ex testamento neque ab intestato successionem competere, certum est ex *L. 5. C. ad Scōm Orsit.* hocce tamen ius in matrem illustrem neque retorqueri, neque ad eo eandem a successione in bona spuriorum repelli posse, dudum hilarioris famae perspexerunt Iureconsulti. Conf. *S. STRYCK de Succ. ab int.* Diff. II. Cap. I. §. 44. et Ill. КОСН c. 1. §. 57. Quapropter spurium, qui liberos ipse legitimos non habet, matri suae illustri legitimam in testamento portionem relinquere teneri, iure quidem Romano extra omnem dubitationis aleam positum est. Caeterum quod ius romanum de matre illustri sanciverit, an idem adhuc hodie obtineat, merito*

ris ratio expostulat, vt hoc idem liberis liceat illegitime natis; proinde patrem naturalem, in filii naturalis testamento praeteritum, non habere, quod conqueratur, vnusquisque facile intelligit.

§. V.

Legitimae portionis parentum origines et causae indagantur.

Proximum nunc est, vt de ipsis legitimae portionis parentum originibus videamus, quae quidem in re aqua multarum horarum poscenda foret, nisi otium nobis fecisset vir celeberrimus *Car. Frid. ZEPERNICKIVS*, qui idem argumentum mascula, quae familiaris

sextante, quam ab intestato e paterna percipiunt hereditate, legitimam deberi portionem, scilicet trientem aut semissem eiusdem pro numero eorum, iisque ab ea exclusis querelam inofficiosi dari; qua in persuasione haerent, *Claud. CHIFLETIVS de portionibus legitimis lib. sing. cap. IX. pag. 131. (edit. Lugdun. 1534. 8.) Hier. TREUTLERVS in sel. Disput. ad ius civ. Iustin. Vol. I. Disput. XIII. th. 2. not. c. Verum enim vero quam falsa sit eorum opinio, egregie contra eos dixit Reinh. BACHOVIVS ECHT. ad Treutlerum Vol. I. pag. 517.*

ris ei est, eruditione iam est persecutus ⁴⁷⁾. Quapropter quaedam tantum attingam magis, quam multis exponam verbis, ne forsan aliquid, quod et ad argumenti nostri elegantiam et ad sectionem eius generalem pertineat, videar praetermisisse. Etsi vero in ea quaestione, cuinam iuris parti natales suos debeat legitima, quam dicunt, portio, mirum quantum fluctuent Interpretes, dum alii *Legi* cuidam *Gliciae* ⁴⁸⁾, *Legi* rursus *Falcidiae* alii ⁴⁹⁾, alii constitutioni *D. Mar-*

C 3

ci

⁴⁷⁾ in *historia iuris civ. de legitima portione parentum*.

⁴⁸⁾ *Iac. CUIACIUS in Papinian. Lib. XIV. ad L. 15. D. de inoff. testam.* quem et alii secuti sunt. Alia quidem olim CUIACIO fedit opinio *Lib. III. Obs. 8.* ubi legitimae portionis originem ex Diui Marci constitutione ducit, loco quodam NICEPHORI *Lib. III. Hist. Eccles. c. 31.* pellectus, sed ipse postea ab hac sententia discessit in not. ad *Iul. PAVLLI Recept. sentent. Lib. 3. Tit. 8. §. 3.* in SCHULTINGII *Iur. Antei. p. 381.* propterea quod iam PLINIUS *Lib. V. Ex. 1.* quartae mentionem iniecerit.

⁴⁹⁾ GOVEANVS *Lib. II. Lectio. c. 1.* Io. van de WATER in *Observat. iur. rom. Lib. I. c. II.* HELLFELD in *Iurispr. for. §. 545.*

ci ⁵⁰), alii auctoritati Prudentum ⁵¹) alii denique iuri incerto, moribus scilicet ⁵²), originem legitimae tribuendam esse censeant, huic tamen liti, ab aliis ⁵³) iam fatis agitatae, nunc immorari non lubet, ne actum agere videar. Si quis autem, quid ipse sentiam, ex me quaerat, equidem ab eorum me coniectura, utpote vero omnium similima, esse haud alienum lubens profiteor, qui, sicuti omnem, ita et portionem legitimam parentum, ex veterum iureconsultorum Romanorum responsis enatam esse arbitrantur.

⁵⁰) G. PANCIROLLVS in *Thesauro var. Lection* Lib. I. c. 39. in *Iurisprud. Rom. et Attica* Tom. II. pag. 983.

⁵¹) Iac. RAEVARDVS de auctoritate prudent. cap. XII.

⁵²) WESTENBERG in *Princ. iur. sec. ord. Digestor.* tit. de inoff. testam. §. 45. et alii.

⁵³) Vid. Chr. Henr. BREVNING de legitima et querela inoff. testam. Lips. 1762. I. O. WESTENBERG de portione legitima Diss. I. cap. 2. sqq. Frid. Gothofr. SCHLEGTEN-DAL in Diss. de originibus legitimae ad imitationem Leg. Falcidiae interpretatione Prudentum introductae. Tentoburgi 1752.

trantur. Quum enim, excogitata a Prudentibus in solatium liberorum inofficiosi querela, nimis frequenter apud Centumuiros, quorum de iustis et iniustis, ratis et irritis inofficiosisque testamentis cognitio erat, parentum testamenta oppugnarentur, ac rescinderentur quasi a furiosis facta et dementibus ⁵⁴); atque ab id parentum pudor et naturae verecundia nimium quantum laederetur: auctoritate Prudentum utilitatis causa receptum esse videtur, ut, quibus in testamento aliquid relictum esset, hi ab inuerecunda illa oppugnatione remouerentur. Quod sicut in liberis primum inualuit, ita ad parentes quoque et reliquos, quibus de inofficioso agendi permissum fuit, postea porrectum esse videtur. Neque vero decrant aequitatis et pietatis rationes, ob quas iidem iuris auctores parentibus inprimis aliquam ex hereditate liberorum partem relinquendam esse

C 4

esse

⁵⁴) Quam frequenter querela de inofficioso testamento Centumuiros occupauerit, vel ex eo intelligitur, quod *iudicii centumuiralis* nomine ipsa κατ'ἐξοχήν fuerit insignita. **PLINIVS** *Lib. V. Ep. L. 13. D. de inoff. testam. L. 30. D. de liber. legat.* **CICERO** *de Orat. l. 38.*

esse statuerent. Quamuis enim, si ordinem naturae, si spem parentum spectemus, dubitari poterat, an parentibus debeatur filiorum hereditas, cum sit in votis parentum, ut liberi iis sint superstites, immo vero praematurae filiorum hereditatis desiderium naturali parentum erga liberos charitati nimium quantum repugnare videatur; eaque haec argumentandi ratio ipsos quoque Ictos Romanos saepius reddiderit dubios, utrum parentibus concedenda sit querela aduersus testamenta liberorum, a quibus exheredati essent praeteritue, cum vix habeant, quod de hereditate iis adempta conquerantur, quam neque exoptarunt, neque si absque testamento decedere filius maluisset, sibi olim vindicare potuissent; tamen pietatis officium, donum vitae, beneficium educationis, indeque gratitudinis lex, quid? ipsa miserationis ratio efflagitare videbatur a liberis, ut turbato mortalitatis ordine, luctuosam hereditatem, si non omnem, saltem partem eius parentibus solatii loco relinquerent, adeoque patrem, indigne atque immerenter praeteritum, de inofficioso recte queri, indignantem filii impietatem, existimauerunt.

Con-

Confirmat idem PAPINIANVS ⁵⁵⁾ qui, cum in capite antecedente dixisset, patri competere querelam, hanc rationem addit: *Nam etsi parentibus non debeat filiorum hereditas propter votum parentum, et naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet; Idemque ICTVS alio loco ⁵⁶⁾ sic loquitur: Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas. Parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturae simul et parentum commune votum* Ex quo, quod et alii euidenter demonstrarunt ⁵⁷⁾, iuris scilicet ad querelam inofficiosi parentibus competentis fundamentum a iureconsultis romanis non in successionis intestatae, sed in sola pietate constitui, satis intelligitur. Ex eoque principio repetenda est ratio, quare statim post liberos defuncti pa-

C 5

ter

⁵⁵⁾ in *L. 15. D. de inoff. testam.* ad quam Legem euolui merentur Ger. NOODT in *Commentar. ad Dig. tit. de inoff. testam.* Tom. II. Oper. pag. 161. et VINNIUS in *Comment. ad §. 3. I. eod.*

⁵⁶⁾ *L. 7. §. 1. D. si tabulae testam nullae.*

⁵⁷⁾ Petr. de TOULLIEU in *Collectan. iuris civ.* Diff. V. pag. 232.

ter ad querelam admissus fuerit ⁵⁸), et quidem indistincte, scilicet siue filium contracta fiducia emancipasset, et iure patroni ad hereditatem filii venire posset, siue non. Patri enim querelam non ut manumissori competiisse, sed ut patri, inter omnes constat. Eadem porro est causa, quod, fratribus defuncti ante eiusdem parentes ad successionem deinde vocatis ⁵⁹), nunquam tamen legatur mutatum aliquid in ordine querelae fuisse, fratresque ante patrem ad eam admissos ⁶⁰). Ad submouendam igitur hanc inoffi-

⁵⁸) §. 1. *I. de inoff. testam. L. 14. D. eodem.*

⁵⁹) *L. 4. C. de bon. quae lib. L. 2. C. ad Sc. Tertull.* In alia quidem omnia iuit *I. H. BOEHMERVS de querela inoff. fratr. consang.* is qui liberis deficientibus statim fratres ad querelam admissos fuisse contendit, propterea quod hi ante parentes succedebant, sed contrarium euicit *Celeb. PÜTTMANNVS in diss. de querela inoff. test. frat. uterin, haud conced. Cap. II. §. 7.*

⁶⁰) Fallitur omnino *VINNIVS*, qui in *Comment. ad §. 1. I. de inoff. test.* Principibus Rom. ea de re imprudentiam quandam et ἀβλεψίαν intollerabilem imputat, non animaduertentibus, quae inde consecutura esset veteris iuris perturbatio, quem confutauit *TOULLIEU c. l. pag. 231.*

inofficiosi querelam, parentibus ex pietatis rationibus accomodatam, prudentes induxerunt, parentibus, quos obtinendi spes apud Centumuiros non facile defereret, in testamento aliquid relinquendum, eosque in ultimo honorandos esse elogio, ne de iniuria praeteritionis laesaque pietate haberent, quod conquererentur. Omni ex parte id quoque genio Romanorum conueniebat, qui gloriam quandam in eo quaerebant, ut legem rebus suis dicere possent, atque in ultimo vitae spatio patrisfamilias monstrare maiestatem: nequaquam vero inuentione sua Icti dignitati huic detrahebant, neque libertatem quemcunque instituendi liberis adimebant, sed iis tantum consulebant, testatoribusque suadebant, ut, seruandi, quod cuiusque intererat, ultimi sui elogii causa parentibus aliquam hereditatis partem pie relinquerent. Quamquam autem libertatem in testamento cui-cunque omne relinquendi patrimonium quodammodo restringerent, hoc tamen magis in honorem testatoris esse, si parentes pie memoriam celebrarent, affirmabant, eoque simul efficiebant, ut votum Quiritis, decessisse cum testamento, quod post testatoris mortem vires suas monstraret, impleri posset,

set, quem quidem exitum e contrario non consequerentur ultima defunctorum elogia, si querela inofficiosi rescinderentur ⁶¹). Hactenus de causis, ex quibus prudentes Romani legitimam parentum portionem inducendam existimauerunt, restat, ut de tempore videamus, de quo notari meretur, I, legitimam portionem parentum necessario quidem post querelam demum iis accommodatam, ortam esse, cum medium illam exciudendi fuerit. II, Incertum tamen esse, quando primum parentibus indulgeri coeperit. Verosimile autem est, hoc modo iurisperitos processisse: ut primum quidem liberis, quorum causa primario libertas testandi coangustata erat auctoritate iura constituentium, legitima tantum daretur; paulo post vero, cum et in aliis querentibus necessaria portionis legitimae definitio esset, ea ad parentes quoque ac fratres sit extensa. Neque enim, inter parentes ac fratres temporis differentia adfuisse videtur ⁶²). Si vero amplius quaeritur, utrum legitima haec portio iam sub libera republica a prudentibus inducta fuerit,

⁶¹) Vid. III. ZEPERNICKII *Diff. commemor.* §. XIII.

⁶²) SCHLEGTENDAL *c. Diff.* §. XIV.

fuerit, an ea demum post Legem Falcidiam orta sit, iterum diuersas in partes discedunt Interpretes. Plurimi iique praestantissimi Icti posterus contendunt, atque ex Legis Falcidiae rationibus et ad exemplum eius hanc portionem introductam esse arbitrantur, ex quibus, qui ita sentiunt, *Franc. BALDWINUM* ⁶³⁾, *Claud. CHIFLETIVM* ⁶⁴⁾, *Ian. a COSTA* ⁶⁵⁾, *Ant. SCHULTINGIVM* ⁶⁶⁾, *Ev. OTTONEM* ⁶⁷⁾, *Corn. van BYNCKERSHOECK* ⁶⁸⁾, *Io. Aug. BACHIVM* ⁶⁹⁾, *Io. Gottl. HEINECCIUM* ⁷⁰⁾, et *Frid. Gothfr. SCHLEGTENDAL* ⁷¹⁾ nominasse sufficiet. Palmarium huius sententiae fulcrum in eo positum est, quod passim in iure nostro haec portio *Falcidiae* nomine appellatur;

⁶³⁾ in *Comm. ad Leg. Falcidiam* pag. 35. edit. Gundling. Halae 1730. 8.

⁶⁴⁾ de *portionibus legitimis* cap. 3. p. 116. (edit. Lugdun. 1584. 8.)

⁶⁵⁾ in *Commentar. in Iustin. Institut. ad pr. tit. de inoff. testam.* p. 280.

⁶⁶⁾ in *Iurisprud. Anteiust.* pag. 383.

⁶⁷⁾ in *Comment. in Institut. tit. de inoff. test.* §. 6.

⁶⁸⁾ in *Observ. iur. rom.* Lib. II. c. 12.

⁶⁹⁾ *Histor. iurispr. Rom.* pag. 415.

⁷⁰⁾ in *Syntagm. Antiquit. Rom.* Lib. II. Tit. 18. §. 7.

⁷¹⁾ cit. *Diff.* §. VI. sqq.

tur ⁷²); sed vim huius probationis iam infirmavit BREVNINGIVS ⁷³). Id quidem certum est, legitimae portionis quantitatem ad quartae Falcidiae similitudinem ordinatam esse, adeoque hoc saltem respectu affirmari potest, *quartam legitimam* ex Legis Falcidiae interpretatione esse inductam, enimvero an et huic Legi ipsa portionis huius origo adscribenda sit, valde equidem dubito. Potius sic mihi persuasi, sic sentio, cum iam temporibus liberae reipublicae querela inofficiosi in usu fuerit, ut tot rescissorum testamentorum exempla penes VALERIVM MAXIMVM ⁷⁴) confirmant, probabile admodum esse, non multo post, ad excludendam illam, legitimam portionem fuisse a prudentibus inventam, formam vero eius iure demum recentiori per Legis Falcidiae interpretationem atque Imperatorum constitutiones plene esse determinatam. Ne quis nobis occurrat,

⁷²) PAVLLVS *Recept. Sent.* IV. 5 5. VLPIANVS *L. 8. §. 9. et 14. D. de inoffic. testam.* PLINIVS *Lib. V. Ep. 1.* et ipse IVSTINIANVS in *L. 31. C. de inoff. test.* ac in *Nov. XXII.* in partes vocantur.

⁷³) in supra adducta *Dissert. Cap. V.*

⁷⁴) *Lib. VII. cap. VII.*

currat, Ictos, cum legistatores haud essent, absque legis cuiusdam auctoritate nemini potuisse necessitatem legitimam relinquendi portionem iniungere, id vnum adhuc adiiciam: cum Romanis merito inconcinnum fuerit visum, legitimam portionem ab intestato quoque esse percipiendam, si defunctus testatus decessisset, non poterant non testatores vinculo constringere, vt illis relinquunt portionem debitam, quibus de inofficioso disputandi facultas facillime concederetur, si aduersus euersionem testamenti securi esse vellent. Quumque cuiusque testatoris relinquerent arbitrio, qua ex parte, vt hoc vtar, parentes honorare vellent, ne impie fecisse videantur, si absque ratione eos praeteriissent, profecto neque legis cuiusdam interpretatione opus habebant, neque Falcidia ratione, si vel ea iam adfuisset.

§. VI.

Legitimae portionis parentum a successione ab intestato diversitas. Opinio eorum refutatur, qui eam iuxtae ordinem successionis intestatae deferri existimant.

Quodsi autem nunc quaeritur, quo ordine parentibus legitima debeatur portio, sunt,

sunt, qui legitimam hanc portionem sicut querelam inofficiosi parentibus iuxta ordinem successionis intestatae ita deferri existiment, ut, cum fratres sororesque germani secundum Novellam CXVIII. cap. 3. simul cum ascendentibus ad hereditatem legitimam vocentur, iidem etiam eo in casu, si turpis persona testamento heres instituta sit, vna cum parentibus legitimae portionis iure gaudeant, eodemque etiam ordine ad querelam inofficiosi simul admitti debeant. Hac in sententia versantur *Hugo DONELLVS* ⁷⁵⁾, *A. VINNIVS* ⁷⁶⁾, *Ger. NOODT* ⁷⁷⁾, *I. H. BOEHMERVS* ⁷⁸⁾, *Io. Hartw. REVERTERVS* ⁷⁹⁾ et alii. Enimuero quam longe haec opinio a veritate distet, siue ex iure veteri, quod ante *IUSTINIANVM* obtinuit, siue ex

⁷⁵⁾ in *Commentar. iur. civ.* Lib. XIX. cap. 7.

⁷⁶⁾ in *Comm. ad Inst.* tit. de inoff. test. §. 3.

⁷⁷⁾ in *Comm. ad Dig.* eod. tit. Tom. II. Oper.

pag. 163.)

⁷⁸⁾ in *Diss. de querela inoff. fratr. consang.* §. XXV.

⁷⁹⁾ in *Diss. de effectu querelae inoff. testam. iuxta ord. edicti succ. institutae intuitu non querentis* §. 2. et 14:

ex iure nouo eandem diiudicaueris, ab aliis abunde iam ostensum est ³⁰), et facile quoque demonstrari potest negotio. Quodsi enim legitimae successionis habita fuisset ratio in querela inofficiosi parentibus competente, et, quae ad eam submouendam inducta est, legitima portione iis debita, profecto patri olim, non vt patri, sed vt patrono, in eo quidem casu, si filium contracta fiducia emancipasset, capiendae legitimae ius, et, hac non relicta, inofficiosi querela competiisset; verum aliud prorsus obtinuisse, patrique iure etiam vetustiori, non tanquam manumissori ³¹) sed vt patri, ex sola pietatis ratione, nequaquam vero successionis iure, querelam fuisse accommodatam, praecedente iam

§pho

³⁰) Celeb. PÜTTMANNVS in *Vindiciis Diss. de querela inoff. testam. frat. uterin. haud concedenda* Lipsiae 1785.

³¹) Parens manumissor quidem, tanquam patronus accipere poterat bonorum possessionem contra tabulas, sed tanquam parens ex iure antiquo inofficiosum dicebat testamentum, *L. 1. §. 6. D. si a parente quis manumissus*: quam duplicem patris manumissoris personam rite quoque distinxit V. C. *Gustauus HUGO* in *Commentat. de bonorum possessionibus*. *Ha-*
lae non ita pridem edita, §. 30.

§pho evicimus. Quumque porro mater olim ex Scto Tertulliano non nisi in eo casu succederet liberis, si iure liberorum esset subnixa, sine omni quoque dubio non nisi in tali casu ad querelam inofficiosi admittenda fuisset, si in ea quidem concedenda successionis intestatae servatus fuisset ordo, sed nuspiam sane, in matre ad querelam admittenda ita subtiliter distinxisse Ictos, inuenimus, quos potius omnibus tam parentibus quam liberis de inofficioso disputandi facultatem tribuisse, auctor est VLP IANVS ⁸²⁾. Quid? quod etsi postea ipsis defuncti fratribus sororibusque, tam ex utroque quam ex vno tantum parente coniunctis ⁸³⁾, immo agnatis interdum remotioribus ⁸⁴⁾ in successione

⁸²⁾ L. 1. D. de inoff. testam.

⁸³⁾ L. 4. C. de bon. quae lib. L. 2. C. ad Sctum Tertull. Guil. RANCHINVS de success. ab int. cap. XI.

⁸⁴⁾ Ita si pater in emancipando filio interponere fiduciam neglexisset, extraneus eum manumissor in successione excludebat, arg. §. ult. I. de legitim. agn. success. Donec illud a Praetore emendaretur introducta bonorum possessione, quae decem personis extraneo manumissori praeponendis competebat §. 3. I. de bon. poss. Porro si pater ab auo emancipatus,

cessione ab intestato parentes eiusdem posthaberentur, eandem tamen praerogativam fratribus in ordine quoque querelae prae parentibus fuisse attributam, profecto nunquam

D. 2 pro-

tus, vel in adoptionem datus fuisset, et post mortem aui nepos sui iuris ea morte factus decessisset, patri tunc omnes vel remotissimi agnati, non tantum fratres praeferebantur, nec non defuncti soror et mater, ut discrete traditur in *L. 2. §. 16. D. ad S^ctum Ter- tull.* Si sit agnatus defuncti, et pater naturalis sit in adoptiva familia, sit et mater; admittimus matrem, quoniam patrem agnatus excludit; et §. 19. eiusdem *L.* idem de sorore adseritur. Denique si pater filium in adoptionem dederit, isque filius morte patris adoptivi sui iuris factus decesserit, patrem quidem naturalem antiquo iure a successione filii excluderunt omnes, qui per adoptionem agnati filii facti sunt. Verum quamvis in tribus hisce casibus pater iure vetustiori longe a successione removeretur, iisdem tamen a querela neutiquam fuisse exclusum, tum ex eo probatur, quod nusquam in patre ad querelam admittendo ita subtiliter distinxisse reperiamus Ictos, ac in successione legitima ipsis concedenda distinxerunt, tum quod de ultimo casu idem expresse confirmet MARCIANVS in *L. 30. D. de inoff. testam.* quam legem supra explicauimus.

probari poterit ⁸⁵⁾, contrarium potius ex eo elucet, quod, ubi personae, quibus de inofficioso agere permissum est, in iure nostro referuntur, semper aut sola parentum et liberorum fiat mentio, aut parentes discrete fratribus praeponantur ⁸⁶⁾. Adde denique et hoc, male profecto cohaerere, quod fratres sororesque in successione ab intestato parentes simpliciter antecesserint, ad querelam autem non nisi in eo admissi fuerint casu, si turpis persona iis antelata fuerit; neque conciliari posse, quomodo CONSTANTINI Legem ⁸⁷⁾ fratres vterinos ab omni querela

⁸⁵⁾ Id solum ex lege quadam CONSTANTINI Imp. quae in *Codice Theodos.* est *L. 2. de inoff. testam.* intelligitur, matrem, quae obtinisset in querela, tunc admittendam fuisse ad successionem, si defuncto consanguinei agnati non sint superstites: quae tamen limitatio, cum esset S^Cti Tertulliani quaedam velut consequentia, a TRIBONIANO omissa est in *L. 28. C. iust. eod. tit.* ut *Iac. GOTHOFREDVS* in *Comm. ad h. L.* observavit.

⁸⁶⁾ §. 1. 1. *L. 1. L. 14. et 15. D. de inoff. testam.*

⁸⁷⁾ in *L. 27. C. de inoff. testam.* quam Legem neutiquam antiquitatis causa, sed ea mente Codici

querela iureque legitimam exigendi portionem prorsus remouentem, suam facere potuerit **IUSTINIANVS**, quem scimus iam tum, quum *L. 27. C. de inoff. testam.* ad ius sui aevi inflexam Codici repetitae praelectionis infereret, fratres, sororesque, vterinos legitimos reliquorum fratrum sororumque fecisse heredes ⁸⁸), si scilicet querela vnquam secundum intestatae successionis ordinem accommodata fuisset. Ex quo intelligitur, verum esse, quod scripsit *Petrus de*

D 3

TOUL-

Codici repetitae praelectionis insertam esse, vt legis polleret auctoritate, ex eo apparet, quod **TRIBONIANVS** mire eam interpolando suis aptare temporibus enisus sit, vti cuilibet, hanc *L. 27. cum L. 1. et 3. C. Th. de inoff. testam.* contendenti, in oculos incurret,

⁸⁸) *L. 14. §. 1. C. de leg. hered.* Dat. 5. Kal. Decembr. post consulatum **LAMPADII et ORESTIS VV. CC. anno secundo 532. vt integram Legis subscriptionem integritati suae restituit *Abrah., WIELING Jurispr. restit.* p. 195. *Indic. Leg. Cod. Petr.* **RELANDVS** in *Fastis Consular.* pag. 794, eandem Legem post Consulatum *Lampadii et Orestis* anno 531. adscripsit. Eandem repetiit et interpretatus est **IUSTINIANVS** in *L. 13. §. 1. C. eodem.***

TOULLIEU ⁸⁹): saepe apud antiquos animaduertes, alibi interdum querelam, alibi hereditatem legitimam fuisse, neque querelam inofficiosi secundum ordinem succedendi ab intestato, sed iure peculiari competiisse ⁹⁰). Etsi vero nouissimo iure nemo portionem legitimam capere, neque de inofficioso agere possit, qui ab intestato succedendi iure non gaudeat; tamen ne hodie quidem aut legitimam portionem aut, quae illa non relicta competit, inofficiosi querelam ordinem successionis ab intestato sequi, affirmare licet.

Quodsi

⁸⁹) in *Collezan. iur. ciu.* pag. 225. 234.

⁹⁰) Neque vero obstat huic sententiae VLP IANVS in *L. 6. §. 1. D. de inoff. testam.* quam supra §i 3. not. 15. iam explicauimus. Parentibus enim tamquam ius praecipuum seruatum fuisse ob honorem nominis paterni dicere possumus, vt querelam interdum mouere possent, vbi ab intestato succedere non poterant, de quo testantur exempla not. 84. huius §phi alata; et si VLP IANVS iis, qui, si defunctus intestatus decessisset, haud successuri fuissent, litis victoriam haud profuturam esse ait, quamuis intestatum fecerint patremfamilias, hoc in eos tantum cadere cum Guil. RANCHINO de *Success. ab intest.* cap. XVII. §. 3. sq. dicendum est, quibus ne querela quidem competiisset.

Quodsi enim, qui in Nouellis a **IUSTINIANO** praescriptus est, legitimae successionis ordo ad portionem accommodare legitimam vellemus, hem quaeso quae inde propullulatura esset falsarum conclusionum lerna? Nonne enim necessario etiam fratrum germanorum liberis legitima prospiceremus portione, quibus leges non prospexerunt ⁹¹⁾, quid? nonne iidem cum ipsis et ascendentibus et fratribus germanis, cum quibus secundum *Nov. CXXVII. cap. 1.* ab intestato succedunt, ad querelam admittendi, immo fratribus defuncti consanguineis praeferendi essent, quos quippe juxta *Nov. CXVIII.* in successionem ab intestato praecedunt? quo tamen nihil esse potest a veritate magis alienum. Quamuis enim ex mente **IUSTINIANI** ita statui posse, existimet *Petrus de TOUL- LIEU* ⁹²⁾, idemque sedeat quoque *I. H. BOEHMERO* ⁹³⁾, hoc tamen omnes reliqui, contra quos in praesenti disputamus, improbant. Vides igitur quo vel progredi necesse sit iis, quibus omnia in arte nostra miscere, iurisque *συνάφειαν* flocci pendere

D 4

... pia-

⁹¹⁾ *L. 21. C. de inoff. testam.*

⁹²⁾ *l. c. pag. 237.*

⁹³⁾ *cit. Diff. §. 25.*

piaculum est. Neque profecto est, quod ius antiquum per Nou. 118. et 127. tacite abrogatum esse putes, praeterquam enim, quod abrogatio legum nullo modo praesumatur ⁹⁴), quis quaeso credat, IVSTINIANVM in iis Nouellis, vbi vnice ei de successione ab intestato sermo fuit, tot veteres de inofficioso testamento leges abrogatum iuisse, nouumque e contrario querelae mouendae introduxisse ordinem? IVSTINIANVM, inquam, quem tanta semper ambitione iuris noui a se conditi vel aboliti veteris laudem adfectasse scimus, vt in hac certe tanti momenti causa iuris antiqui a se abrogati mentionem facere haud omisisset ⁹⁵); praecipue cum haud multo ante in fauorem omnium earum personarum, quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus accommodata fuit, legitimam ipse auxisset portionem, coque ipso antiquas de inofficio

⁹⁴) L. 27. C. de testam. L. 32. C. de appellat.

⁹⁵) Id quod dudum etsi in alia causa animaduertit Abr. WIELINGIUS *Lectio iur. ciu.* Lib. II. c. 31. IVSTINIANI ἐν ταῖς νεωταῖς perpetuam, dum quid forte ex iure antiquo mutat, iactantiam notauit quoque Vigl. z VICHHEMVS in *Comm. in decem titulos Institut. tit. de inoff. testam. princ.*

tus sane interpretis, qui recte idcirco, si quid video, scripsit: *Ilic autem animaduertendum est, ab intestato hodie fratres cum parentibus succedere, atque etiam fratrum filios cum patruis, quum tamen in querela parentes fratribus praeferantur, et ultra fratres nulli admittantur, ne ipsi quidem ἀδελφοπαῖδοι, id est fratrum filii. Fratres porro et sorores nec aliter quidem conqueri possunt, quam cum turpis persona instituta est.*

Nec iuuat contrasentientes essatum PAVLI ⁹⁸); qui libro singulari de septemviralibus iudiciis, (alii legendum putant centumviralibus iudiciis ⁹⁹), sed a lectione Florentini codicis nec recedendum, nec septemvirale iudicium prorsus eliminandum esse, rectius docue-

⁹⁸) L. 31. pr. D. de inoff. testam.

⁹⁹) Guil. PANCIROLLVS *Thes. var. Lexion.* Lib. I, c. 35. T. II. *Iurispr. Rom. et Att.* pag. 979. BRISSONIVS *de Verb. Signific.* v. Centumviri, et ad Eundem HEINECCIUS; Ant. SCHVLTING *in Iurispr. Anteiust.* p. 204. not. a. et p. 394. not. i. Abr. WIELING *in Iurispr. Restit. ad Indic. Ictor. alphab.* P. I. p. LXXXVII. Io. Frid. GRONOVIVS *obs.* Lib. IV. c. II. Ger. NOODT *in Comm. ad tit. Dig. de inoff. test. init.* ita quoque legit *Haloandrina*.

docuerunt alii) ¹⁰⁰), ita scripsit: Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit, aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est: et placuit, posse, ut fiat successioni locus. Primum enim nondum liquet, quod hi pro vero assumunt, successionem scilicet hic audire ipsum edictum successorium, Praetoris quippe inuentum. Istud enim longe alium in finem ac querelae inofficiosi gratia propositum fuisse, inter omnes constat ¹). Postquam scilicet Praetor plures successionem species introduxerat, easque per ordinem disposue-

rat,

¹⁰⁰) Ge, *Henr. AYRER Disqui. de iudicio Rom. septemviri* Goett. 1757. quam egregiis animaduersionibus locupletatam *SICCAMAE de iudicio centumviri* libello adiecit Celeb. C. F. ZEPERNICK p. 184. sqq. qui ipse not. ***, p. 193. vna cum Celeb. PÜTTMANNO in *Interpr. et Obs.* Cap. XXV. p. 117. AYRERI opinionem suffragio suo ornauit. Eandem vero lectionem iam ante comprobarunt *CYIACIVS* Lib. III. *Observat.* c. 32. *MURETVS* in not. ad pr. l. de inoff. testam. *BALDVINVS* in *Iustiniano* Lib. II. pag. 149. sq. edit. Gundling. et alii, et corroboratur tum inscriptione L. 7. et 28. D. de inoff. testam. tum loco *LIVII* Lib. XXIV. c. 45.

¹) Conf. Io. Th. SEGERI *Diff. elegantiss. de Successorio edicto.* Lipsiae 1769.

rat, is, *ne bona hereditaria vacua, ut VLP-
 IANUS verbis utar* ²⁾, *sine domino diutius iace-
 rent, et creditoribus longior mora fieret, e re ef-
 fe censuit, certum tempus praestituere his,
 quibus bonorum possessionem detulit, et da-
 re inter eos successionem, quo maturius possent
 creditores scire, utrum habeant, cum quo congre-
 diantur; an vero bona vacantia fisco sint delati;
 an potius ad possessionem bonorum procedere de-
 beant quasi sine successore defuncto; (ut idem
 VLP IANUS ait) eumque in finem Praetor
 edictum, quod dicitur, *successorium* proposuit,
 quod ita conceptum fuisse videtur: QVI
 AD BONORVM POSSESSIONEM VOCAN-
 TVR, EAM PETANT LIBERI ET PA-
 RENTES INTRA ANNUM, CETERI IN-
 TRA CENTESIMVM DIEM. SI QVIS
 EORVM EAM BONORVM POSSESSIO-
 NEM DARI SIBI NOLVERIT, AVT DIE-
 BVSTATIS NON ADMISERIT, TVNC
 CETERIS BONORVM POSSESSIONEM
 ITA DABO, AC SI PRIOR EX EO NV-
 MERO NON FVISSET ³⁾. Enimvero ni-
 hil horum omnium dici posse, quantum ad
 quere.*

²⁾ *L. 1. pr. D. de Succ. Edict.*

³⁾ *Vid. tit. D. de successor. edict. et Io. Ortio.
 WESTENBERG in Pandect. h. t.*

querelam inofficiosi testamenti attinet, ex eo apparet, quod ea neque exerceatur neque competat, nisi post aditam hereditatem ⁴⁾; ac proinde eo tempore, quo mora creditoribus fieri amplius nulla potest, quorum sane nec quicquam interest, ubi suum acceperunt, an vincat et obtineat is, qui querelam proposuit, an succumbat; cum repetitio nulla sit ab eo, qui suum recepit, tametsi ab alio, quam a vero debitore solutum fuerit ⁵⁾. Deinde vero illud considerari oportet, quod si omnis successio statim induceret edictum successorium, eodem modo inducendum quoque esset tempus edicti successorii, atque ita concludendum, eum, qui siue priore siue sequente loco admittatur ad querelam, non nisi intra centum dies aut ad summum intra annum admitti debere, quo tamen nihil esset ineptius et a iuris ratione alienius. Recte potius *Reinhardus BACHOVIVS* ⁶⁾, *Petr. de GREVE* ⁷⁾, alique iam

⁴⁾ *L. 8. §. 10. D. de inoff. testam. L. 34. in fin. Cod. eodem.*

⁵⁾ *L. 44. D. de cond. indeb.*

⁶⁾ *ad TREVTLERVM Vol. I. Disp. XIII. Thes. 5. lit. C. et D. pag. 524.*

⁷⁾ *in Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. (Noviomagi 1660.) Ex. VII. §. 24. p. 189.*

iam animaduenterunt,, **VLP IANI** verba de diuersis intelligenda esse lineis, ita, vt, quoniam alterius ius potius est, simul in querela concurrere non possint. *Finge enim; inquit BACHOVIVS, filium emancipatum exheredasse filium, praeteriisse patrem: utrique iniuria facta est, non tamen aequaliter, sed magis filio quam patri: ideoque filius, cuius etiam in successione ab intestato potius ius est, ad iniuriam eam vindicandam et testamentum impugnandum prius: eo autem excluso, vel repudiante, etiam pater, non ex edicto successorio, sed quia ipse praeteritus est, ad querelam admittitur.* Amice cum iis conspirat *Anton. FABER* ⁸⁾, is qui ad *d. L.* ita commentatus est: *Sequentem PAVLVS intelligit, non qui sequatur in gradu eiusdem lineae siue ascendentium, siue descendantium, aut transversalium, sed eum, qui sit in alia linea minus fauorabili, et qui suo quidem iure possit admitti ad querelam, sed non nisi ex ordine, ac post alium, qui sit ex alia linea fauorabili.*

⁸⁾ *In Rational. in Pandect. Tom. II. P. I. pag. 189. IDEM quoque in Erroribus Pragmat. et Interpret. iuris P. II. Dec. XXIX. Err. 5. totam hanc quaestionem de successorio edicto in querela inoff. testamenti diligenter ac subtiliter tractauit.*

rabiliore. Cuius rei exemplum accommodatissimum est in L. 14. D. eodem tit. Aliud enim est dicere, in querela locum esse successioni, ut PAVLVS hic loquitur, quod certe verissimum est. Aliud vero dicere, quod BARTOLVS et alii vulgo ex hoc loco probant, in querela inofficiosi locum esse successorio edicto, quod utique falsum est. Ex quo conflatur et efficitur id, quod et placuit Franc. DVARENO ⁹⁾, ex mente PAULI in querela inofficiosi testamenti successioni fieri locum, si, cum plures sint, quibus competat querela inofficiosi, sed diuerso iure atque gradu, non omnibus simul querela detur, sed ordo is seruandus sit, ut primum liberi, his vero nolentibus aut a querela exclusis, parentes, et dein fratres defuncti, in quibus scilicet omne legitimae percipiendae, mouendaeque querelae ius terminatur, ad querelam admittantur, quem quidem ordinem nec iure Nouellarum a IVSTINIANO sublatum esse, eo magis persuasum mihi habeo, quo certius est, legitimae portionis, et, quae hac non relicta competit, querelae inofficiosi diuersam esse

ab

⁹⁾ in *Commentar. in Dig. tit. de inoff. testam.* cap. VIII. in fin. *Oper. pag. 178.* (edit. Francof. 1592. fol.)

ab intestata successione indolem, et rationem.

§. VII.

Legitimae portionis parentum quantitas tum secundum tempora Anteiustiniana tum Iustiniana determinatur.

Iam ad hoc transco, cuius causa omnis haec instituitur disputatio, ut scilicet quanta debeatur parentibus portio, iuxta temporum vicissitudines nunc exponam. Quemadmodum autem, quo tempore et quo iure introducta sit ea portio, inter Interpretes, ut supra animaduertimus, non conuenit, ita etiam quando, et qua lege modus eiusdem definitus sit, non liquet. CUIACIUS¹⁰⁾ quidem eadem lege *Glicia*, qua portionem legitimam introductam censet, eiusdem quoque quantitatem ad modum Quadrantis primum constitutam esse statuit. Sed suspectam esse hanc legem *Gliciam*, ac prorsus incertam, fragileque, quod eius firmandae causa, ex inscriptione *L. 4. D. de inoff. testam.* desumitur, argumentum, Doctiores¹¹⁾ dudum de-

¹⁰⁾ in *Commentar. ad Nov. 18.*

¹¹⁾ *Corn. van BYNCKERSHOEK Observat. iur.*

demonstrarunt. *Abrahamus* contra *WIELINGIVS*¹²⁾, qui etiam legitimam ab initio statim quartam portionis ab intestato debita¹e partem fuisse opinatur, hanc quantitatem a Iureconsultis per *Legis Voconiae* interpretationem definitam esse existimat. Calculos suos hac subducit ratione; *VOCONIO* quidem, cum hac sua lege a testamentariis quoque hereditatibus repulerit feminas, necessarium omnino esse visum, filiarum causa, ne plane expertes bonorum paternorum essent, certam dotis constituere quantitatem, patrique eam testamento relinquendi imponere necessitatem¹³⁾. *Summam* vero dotis quantam

iur. Rom. Lib. II. cap. 12. l. O. WESTENBERG de portione legitima Diss. I. cap. 2. Consultiss. *C. F. ZEPERNICK in animaduers. ad SICCAMAE de iudicio centumv. librum* Lib. II. cap. VI. not. e. pag. 149. sq.

¹²⁾ in *Lection. iur. civ. Lib. II. cap. 23. pag. 207.*

¹³⁾ Peculiare hac de re caput suae inseruisse legi *VOCONIVM*, haud obscure indigitasse putat *CICERONEM* Lib. II. *de finib. bon. et mal. cap. 17. in verbis: Nemo censuit plus Fadiae dandum, quam posset ad eam Lege Voconia peruenire: Neque abluere alterum eiusdem locum* Lib. I. in *Verr. c. 42. ubi de*

E

filia

tam VOCONIVS definiuerit, dubium fane videri, sed si quid coniecturae indulgendum, quartam legitimae ab intestato portionis, dotis nomine, hac primum lege fuisse definitam, si non verosimile, probabile saltem esse ¹⁴⁾, vnde progressu temporis ceterae quartae suo velut ex fonte promanauerint. Iureconsultos

filia Annii, herede a patre instituta: Quibus-
cum viui bona nostra partimur, iis Praetor
adimere, nobis mortuis, bona fortunasque pot-
erit?

¹⁴⁾ En, qua is probatione vtatur; censum maximum libera republica ait utique fuisse Senatorium, quem quidem VOCONII aetate quadringentorum suspicatur millium. Ex lege itaque VOCONII maxima dotis quantitas centum fuisse millium ipsi videtur, velut quarta Senatorii census pars; quo sensu DIONEM accipit Lib. LVI. ad ann. u. 762. Verba haec sunt: Τῶν τε γυναικῶν τισι, καὶ παρὰ τὸν ὈΥΟΚΟΝΕΙΟΝ ΝΟΜΟΝ, καθ' ὃν ἑδεμιά αὐτῶν ἑδενὸς ὑπὲρ ΔΥΟ ἩΜΙΣΤ ΜΥΡΙΑΔΑΣ ἑσίας κληρονομεῖν ἐξῆν, συνέχωρησε τῷτο ποιεῖν: quae ex editione LEVNCLAVII ita vertit XYLANDER: Quumque LEGE VOCONIA mulieribus prohiberetur, ne qua maiorem CENTVM MILLIBVS NVMMVM hereditatem posset adire, ea quoque lege quasdam soluit. Conf. Iac. PERIZONIYS de lege Voconia in Triade Dissertat. pag. 143. sq.

sultos in suis postea ad hanc legem interpretationibus, ad omnes omnino in potestate liberos, illud *quartae* capiendae ius certa ratione extendisse videri; quae proinde κατ' ἐξουχὴν *legitima* appellari coeperit, vel *quarta* simpliciter, auctore PLINIO ¹⁵). Quumque successionis ius reciprocum fere sit ¹⁶), patribus quoque in bonis liberorum eandem portionem attributam fuisse, quam idcirco VLP IANVS ¹⁷) diserte *ius antiquum* nuncupet. Ita WIELINGIVS, cuius tamen sententiae quominus subscribere possim, non vna me mouet ratio. Praeterquam enim, quod patriae potestatis ratio eam, quam WIELINGIVS animo finxit, dotis constituendae necessitatem, ferre tum nondum videbatur, cum liberis, nisi praecederet parentum iussus, nec matrimonia inire, nec nubere liceret, hinc vero nulla obstante Le-

E 2 ge,

¹⁵) *Lib. V. Ep. 1. iunct. L. 8. §. 8. D. et L. 6. C. de inoff. testam.*

¹⁶) *L. 11. C. de legit. her.*

¹⁷) in *L. 1. §. ult. D. si a par. quis manum.* *ius antiquum* explicat WIELINGIVS ita, ut ciuilis originis et praetoria bonorum contra tabulas possessione longe antiquius sit, arg. *L. 2. §. 20. D. ad Stā. Tertull.*

ge, pater onere constituendae dotis se pro arbitrio eximere potuerit, retardando vel impediendo nubendi conditionem ¹⁸⁾; multo autem minus animo concipere liceat, quae ratione Lege obligari potuerit ad dotem filiabus testamento relinquendam, quas exheredare vel impune praeterire tum pater poterat ¹⁹⁾; loca sane, ex CICERONE et DIONE in medium prolata, WIELINGII hariolationem nequaquam probant, ex quibus tantum illud constat, Lege Voconia prohibitum fuisse mulieribus, maiorem centum millibus ex testamento capiendi nummum, quem vero legitimam constituisse dotis quantitatem, ex Legis praescripto filiabus instar legitimae testamento relinquendam, neque aliunde constat, neque ex locis allatis

¹⁸⁾ Conferri hic meretur Viri, dum viueret, celeberrimi, *Aemil. Lud. HOMBERGK zu VACH* Diss. elegantissima de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam, illiusque, sublata quamvis Lege Voconia, cum ante, tum post nuptias filiae contractas efficacia Marburgi 1770. §. XVIII. sqq.

¹⁹⁾ *VLPIANVS in Fragm. penes SCHVLTING. Tit. XXII. §. 17. pag. 639. et CAIVS Lib. II. Institut. Tit. 3. §. 1. penes SCHVLTING. in Iur. Antei. p. 97.*

tis colligi magis potest, quam si ex eo, quod leges patri, cui legitima sit soboles, naturalibus liberis ultra vnam relinquere vnciam, haud permittant²⁰), concludere velles, liberorum naturalium portionem legitimam solum esse hereditatis vnciam. Minime sane. Hoc spectat Lex Voconia, hoc vult, patri non licere, filiabus in vltima voluntate vltius quid relinquendi, quam posset ad eas, hac Lege, peruenire, sed neque patrem obligauit, ad dotem filiabus constituendam, neque certam dotis quantitatem definiuit, multoque minus talem, quae esset quarta legitimae ab intestato portionis; Quam quidem ob rem, quum sic euersum sit *πεῶτον* illud *ψευδες*, quod WIELINGIUS animum induxit suum, omnis quoque *Wielingianae* hariolationis vis, quartam scilicet legitimam ex Legis Voconiae interpretatione a Prudentibus esse inductam, euanescat necesse est. Neque etiam, quem in sententiam suam trahit, ipsi opitulatur VLPIANVS²¹), dum *ius antiquum*, quod ibi sine emancipatione dicitur habere pater, perperam intel-

E 3 ligit

²⁰) Nov. LXXXIX. cap. 12.

²¹) L. 1. §. vlt. D. si a par. quis manum. sit.

ligit de quadrante. Producamus verba v L-
PIANI ipsa: *Patrem autem, inquit, accepta
contra tabulas bonorum possessione, et ius anti-
quum, quod et sine emancipatione habebat, posse
sibi defendere, Iulianus scripsit, nec enim ei no-
cere debet, quod iura patronatus habeat, cum sit
et pater. Huius loci sententia perspicua est
post interpretationem VIGLII ZVICHEMI
²²⁾ quem sequitur CVIACIVS ²³⁾, MA-
RANVS ²⁴⁾, Iosephus FINESTRES ²⁵⁾, et
quidquid fere est elegantiorum Ictorum, se-
cundum quos dicendum est, per *ius antiquum*
intelligi querelam inofficiosi testamenti, ad
differentiam bonorum possessionis contra ta-
bulas, quae postea parenti manumissori ac-
commodata est ²⁶⁾. Sensus ergo erit: *pa-
tri, qui contracta fiducia filium emancipavit, non
solum**

²²⁾ in *Commentar. ad princ. tit. Instit. de inoff. testam. n. 6. p. 175.*

²³⁾ *Observat. Lib. VIII. c. 23.*

²⁴⁾ in *Paratitl. h. t.*

²⁵⁾ in *Praelect. Ceruariens. siue Commentar. aca- dem. ad tit. Pandect. de acquir. vel omitt. hereditate. P. II. cap. V. §. 39.*

²⁶⁾ *L. 1. pr. eodem tit. ibi: et ideo itum est in hoc, ut parens exemplo patroni ad contra tab. bonorum possessionem admittatur.*

solum competere bonorum possessionem, tamquam patrono, aduersus filii testamentum, in quo praeteritus est, sed etiam querelam inofficiosi testamenti eidem haud deesse, quam alias, ut pater, habuisset, licet contracta fiducia non emancipasset, sed tantum manumississet. Nec enim, ut eleganter ait VLP IANVS, ei nocere debet, quod iura patronatus habeat, cum sit et pater ²⁶). Quae igitur cum ita sint, equidem sane quantitatem legitimae portionis parentum ab initio statim certam fuisse definitamque, immo quadrantem, vix credere possum; potius multo mihi probabilius videtur, quod et WESTENBERGIO ²⁷), REUTERO ²⁸),

E 4. ZEPER.

²⁶) Ex quo intelligitur, iure quodam singulari, ratione duplicis, quod patri competit, iuris, concurrere in eandem personam et bonorum possessionem et querelam, quamuis haec dari non soleat, cum aliud remedium suppetit. *L. 8. §. 15. L. 23. D. de inoff. testam. §. 2. l. eodem.* Et certe iniquum esset patri denegari querelam, utpote multo pinguiorem, quam bonorum possessionem, quae ipsi ut manumissori competit.

²⁷) *de portione legitima* Diff. I. c. 4. §. 9. et Diff. III. Cap. I. §. 4.

²⁸) *cit. Diff. §. 1. in not. p. 4.*

2⁹) aliisque placuit, primis quidem temporibus Centumuirorum arbitrio relictum fuisse, quanta bonorum hereditatis pars ad excludendam querelam sufficeret, usque dum quarta portionis ab intestato debitae pars ex *Legis Falcidiae* ratione per interpretationem Prudentum inualuerit, legibusque stabilita sit 3^o). Quae quidem legitimae portionis quantitas cum ad IUSTINIANI usque tempora ad excludendam omnem inofficiosi querelam suffecerit, eandem quoque legitimam parentum portionem constituisse, haud ambiguum est. Legitimam autem portionem, sicuti omnem, ita et parentum, tempore Iuliorum, quorum e {fragmentis Digesta sunt composita, immo quoque iure Codicis, quartam, non omnium bonorum, sed *portionis ab intestato debitae* partem fuisse, si vno quidem plures adessent, qui

2⁹) *Diff. supra laudata §. XIII. pag. 25.*

3^o) Ex hoc igitur, quod quantitas legitimae portionis ad *quartae Falcidiae* exemplum definita fuerit, sine dubio euenit, ut ea aut *quarta* simpliciter, aut *Falcidia* passim appelletur. *L. 8. §. 9. D. de inoff. testam. L. 5. §. 3. et 5. C. ad L. Iul. Mai. L. 31. C. de inoff. testam.*

qui legitimam haberent successionem ³¹),
 fat multa confirmant nostri iuris capita. Ita
 enim VLP IANVS ³²): Quoniam autem quar-
 ta debitaе portionis sufficit ad excludendam quere-
 lam etc.; Ita PAVLVVS ³³): Quarta portio-
 nis portio ³⁴) liberis deducto aere alieno et fune-
 ris

³¹) Si enimingas, quod compluries continge-
 re potuit, vnum tantum defuncto heredem
 extitisse legitimum eumque necessarium, eius
 sane legitima pars portionis portio esse non
 potuit,

³²) L. 8. §. 8. D. de inoff. testam.

³³) Recept. Sent. Lib. IV. Tit. 5. §. 6. penes
 SCHVLTING in Iurispr. Antei. p. 397.

³⁴) Sic equidem legendum esse censeo cum H.
 G. van VRYHOFF in Observat. iur. civ.
 cap. XIX. leuissima sane mutatione. Nam vt
 in tribus editionibus CUIACII, nempe in
 Lugdunensi a. 1566. in Aurelianensi a. 1586.
 in Parisina eiusdem anni, vt et in editioni-
 bus RITTERSHVSII atque SCHVLTIN-
 GII Paulus exhibetur, scilicet: Quartae por-
 tionis portio etc. certum est, PAVLVM ita
 non potuisse scribere, cum falsum sit, quod
 legitima olim fuerit portio quartae portionis.
 Neque vero probam rectam esse, quam RI-
 CHARDVS et CUIACIVS in editione
 Parisiensi a. 1577. repraesentarunt, lectionem,
 ubi

ris impensa praestanda est, ut ab inofficiosi quæ-
rela excludantur; Ita Imp. ALEXANDER ³⁵⁾:
Parentibus arbitrium diuidendæ hereditatis inter
liberos adimendum non est: dummodo non minus
is, qui pietatis sibi conscius est, partis, quæ IN-
TESTATO DEFUNCTO potuit ad eum per-
tinere, quartam ex iudicio parentis obtineat; Ita
IUSTINIANVS ipse ³⁶⁾, is qui, quod deest
legitimæ portioni, id est, quartæ parti scil. ab
intestato successionis, tantum repleri iubet. Mit-
to alia, et tantum hoc adiicio, his non
repugnare, quæ ita in IUSTINIANI Insti-
tutionibus leguntur ³⁷⁾: Quod autem de quar-
ta diximus; ita intelligendum est: ut siue unus
fuerit, siue plures, quibus agere de inofficioso te-
stamento permittitur, una quarta eis dari possit,
ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili
portione quarta ³⁸⁾; IUSTINIANVS enim, ut
Ian. a COSTA ³⁹⁾ recte animaduertit, h.
l.

vbi ita est: Quarta portio, omiſſa voce por-
tionis, iam ipse obseruauit SCHULTINGIUS
ad hunc PAULI locum not. 14.

³⁵⁾ L. 8. C. de inoff. testam.

³⁶⁾ L. 31. C. eodem.

³⁷⁾ §. 7. I. eodem.

³⁸⁾ Verba hæc id est — quarta, non IUSTINIA-
NI, sed Interpretis alicuius videri, RVSSAR-
DVS et CHARONDAS in suis editionibus h. l.
recte adnotarunt.

³⁹⁾ in Comm. ad §. 7. I. de inoff. testam.

1. tantum veterem refert quartae legitimae taxationem, quae querelam inoff. excludebat; in qua quidem constituenda numeri liberorum nulla habita fuit ratio, ita tamen, ut si vnus esset filius, is quartam partem totius substantiae caperet, id est, tres vncias; si duo, singuli fescunciam, et sic porro, ut virilis singulorum portio semper fuerit quarta eius partis, quam ab intestato habituri fuissent. Ex quo igitur, neque quod portio legitima olim semper omnium omnino bonorum quarta, neque quod *quartae bonorum* appellatio propria legitimae portionis fuerit, ut nuper cuidam visum est ⁴⁰⁾, vnquam probabis ⁴¹⁾.

Quum vero IVSTINIANVS in *Nov. XVIII. c. 1.* legitimae portionis quantitatem pro numero liberorum auxerit, et ita quidem, ut quatuor vel paucioribus existentibus eam esse trientem; quinque autem vel pluribus existentibus, semissem esse voluerit, ex aequo inter eos diuidendum; longe disputata nunc oritur quaestio, an per istam quoque

⁴⁰⁾ Conf. ROESLINIO in supra laud. *Cogitationibus 1. Stuck. §. 17.* et *2. St. §. 11.*

⁴¹⁾ Conf. VINNIUS in *Comm. ad §. 7. I. de inoff. testam. fin.*

quoque constitutionem portio legitima parentum aucta sit? et quomodo, si ita est, ea sit computanda? de qua re sequenti Sectione videbimus.

S E C T I O II.

DE

COMPUTATIONE IPSA LEGITIMAE
PORTIONIS PARENTVM SECVNDVM
NOV. XVIII. C. I.

§. VIII.

Verba Nouellae XVIII. cap. I. tum ex vulgata tum ex aliis versionibus primum repraesentantur, deinde explicantur.

Placet vero, quoniam omnis de genuino sensu *Novellae XVIII. cap. I.* futura est disputatio, ante ipsa eius verba in medio ponere, ut, quid sit id, de quo disputetur, eo melius intelligatur. Qua in re ita versabimur, ut cum verbis legis nostrae, uti in *vulgata*, quam dicunt, leguntur, meliorem magisque latinam coniungamus versionem ex *Homburgiana* et *Haloandrina* haustam.

Imp. IUSTINIANVS A. Ioanni gloriosiss. praefecto sacrorum per Orientem praetoriorum, iterum exconsule et patricio.

Prae-

P r a e f a t i o.

VVLGATA.

HALOANDRINO - HOMBERGK.

Iam quidem magnae huic, et, ut ita quis dicat, bene a Deo constitutae reipublicae (dicimus Romanorum) plurima de testamentis disposita sunt, et pleni legum codices de talibus consistunt: et non solum sapientes antiqui haec scripserunt, aut priorum potestas Imperatorum: sed etiam a nobis iam non aliquo priorum principum minus legisationes prolatae sunt: Deum vero semper considerantes, et quatenus ei placiti videamur, et aliquid bonorum dignum in nobis agamus: nitimur

Tametsi multa a magna hac, et, ut recte quis dixerit, a Deo constituta Romanorum reipublica de testamentis iam disposita sunt, iisque pleni legum libri extant; neque veteres solum Prudentes, et pii augustique Imperatores haec constituerunt, sed etiam a nobis non minus, quam a decessoribus nostris, multae ea de re sanctiones promulgatae sunt: semper tamen animo cogitantes de Deo, quo magis et eiusmodi esse videamur, qui ei placere debeamus, et aliquid agamus, quod collatis eius in nos beneficiis dignum

aliquid adinuenire Semper et naturae consequens, et quod possit priora corrigere. Frequenter igitur et alia vice mirati sumus, quomodo legitimis et beneuolis filiis, quibus agunt gratias parentes, quibusque quod relinquitur, iam etiam debitum vocant: solum triuncium definierunt ex necessitate relinqui: reliquum vero iacet in voluntate parentum: et capiunt quidem cognati omnia, et extranei, vel cum libertate serui: filii

dignum sit, usque an nitimur adinuenire aliquid, quod et naturae consentaneum sit, et priora corrigat. Ac saepe alias mirati sumus, cur legitimis et gratis liberis, quibus gratias referunt parentes ⁴²), definiuerint, ut id quod relinquendum est, (quod etiam debitum vocant) quadrans tantum sit ⁴³), qui necessario relinquatur, reliquum vero a voluntate parentum pendeat: ac cognati quidem et extranei, et serui cum libertate omnia accipiant,

⁴²) Ita HOMBERGK: sed HALOANDER sic: a quibus gratiam obtinent parentes: graeca sunt: οἱς ἔχουσιν χάριν οἱ γένει.

⁴³) HOMBERGK habet: solus triens sit: sed perperam: triuncium enim est quadrans.

VVLGATA.

HALOANDRINO-HOMBERGK.

vero licet multi consti-
stant: etiamsi nihil offen-
derint parentes, confun-
duntur: et triuncium
diuidunt solum, vel si
decem forte, aut am-
plius fuerint: et paupe-
res erunt filii patris,
donec vixerit, idonei.

ant, liberi vero, et si
multi sint, licet etiam
parentes non offende-
rint, pudore suffusi,
quadrantem solum di-
uidant, et si decem
vel forte plures sint,
sicque liberi patris,
dum viueret, diuitis,
pauperes sint.

c a p u t I.

De legitima portione liberis relinquenda, id est,
triente, si intra quaternarium numerum consistant;
aut semisse: si quaternarium numerum ex-
cedant.

VVLGATA.

HALOANDR. HOMBERGK.

*Haec nos mouerunt
corrigere legem, et non
eam despiciere semper
erubescences: talique mo-
do determinare causam,*

*Haec nos mouerunt,
vt legem corrigere-
mus, nec in perpetu-
um eam fineremus eru-
bescere ⁴⁴⁾, sed tali
rem*

⁴⁴⁾ Ita HOMBERGK: sed HALOANDER
pro ἡμῶντα legit ἡμῶντας, et ita ver-
tit: ne semper eam cum pudore intueremur,
vt

ut siquidem unius est rem modo determina-
 filii pater aut mater; remus, ut si quidem
 aut duorum vel trium, unum duosue, aut tres,
 vel quatuor, non trium, aut quatuor filios pa-
 cium eis relinqui solum, ter materue habeat,
 sed etiam tertiam pro non quadrantem solum
 priae substantiae partem: illis relinquat, sed ter-
 hoc est, uncias quatuor: tiam bonorum partem,
 et hanc esse definitam hoc est, quatuor vn-
 mensuram usque ad prae- cias, idque mensura
 dictum numerum. Si fit dicto illi numero
 vero ultra quatuor ba definita. Sin vero plu-
 buerint filios, mediam res, quam quatuor ha-
 eis totius substantiae buerit liberos, dimi-
 relinqui partem, ut sex- diam totius substanti-
 uncium sit omnino, quod ae suae partem eis re-
 debetur, singulis ex ac linquat, ut sex vnciae
 sint

ut de suo ipsius pudore loquatur IUSTINIA-
 NVS, non de legis rubore, quae nescit eru-
 bescere. Sed recte eum reprehendit HERAL-
 DVS *Observat. et Emendat. cap. 31.* Nam et
 de lege ipsa ita saepius locutus est IUSTI-
 NIANVS. Sic enim *αἰσχύνεσθαι νόμον* dicit
Nov. 22. et *legem erubescere L. 34. §. 1. C.*
de inoff. testam. Ista quoque ratione ab eo
 dicitur lex de quadrante etc. *ἰσθδγῆ*, quod
 iniqua esset.

VVLGATA.

HALOANDRINO-HOMBERGK.

quo quadriuncium vel sexuncium diuidendo: et hoc non sub iniusta circumstantia rerum (forsan enim ob hoc etiam alii iniustitiam patiuntur, et aliis quidem meliora, aliis vero deteriora percipientibus) sed quod contigerit unumquemque per omnia aequum esse in qualitate et quantitate, siue quis illud institutionis modo, siue per legati, idem est

sint omnino, quod debetur, et inter singulos triens forte vel semis aequaliter diuidatur⁴⁵): idque non iniusta rerum circumstantia (forte enim hic iniuria quibusdam fieri posset, si hi quidem meliora illi vero deteriora acciperent) sed quod cuique competit, per omnia aequale sit tam in qualitate quam in quantitate, siue quis illud per modum institutionis, siue legati, seu, quod idem est;

⁴⁵) Secutus hic sum versionem Hombergianam. Paulo aliter habet Haloandrina, quae post relinquat, ita pergit: hoc est, semissem, ut omnino quod debetur, siue triens forte siue semis sit, ex aequo diuidatur in singulos. Sed illud τὰς αἰσιν penes HALOANDRVM otiosum esse, sensumque turbare, iam recte animaduertit HOMBERGKIUS in not. 8.

dicere, et si per fideicommissi relinquat occasionem: licebit enim ei reliquum octuncium forte aut sexuncium habere: et largiri, sicut voluerit, filiis ipsis: aut cuilibet extraneorum: et natura primo curata competenter, sic ad extraneas largitates accedere: hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.

est, fideicommissi nomine relinquat: Integrum enim erit illi, de reliquo besse aut semisse, quem adhuc habet, quoad usque velit, liberalem esse, siue in liberos suos, siue etiam in quoscunque extraneos, adeoque, cum naturae prius, quae debet, praestiterit, tum demum ad liberalitatem in extraneos exercendam deuenire: Hoc eodem obtinente in omnibus omnino personis, quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus attributa fuit ⁴⁶).

Haud

⁴⁶) Ita Haloandrina: sed Hombergiana sic habet: quibus ab initio antiqua quarta querelae de inofficioso constituta est.

Haud ego quemquam fore arbitror, qui a me, hanc, quam vtraque repraesentavi forma, Nouellam interpretaturo, eius historiam expectet, quam ardui enim sit operis, singulorum **IUSTINIANI** Nouellarum conscribere historiam, immo vero in defectu, quo laboramus, penuriaque fontium ac subsidiorum ad eam necessariorum insigni fere *ἐκ τῶν ἀδυνατῶν*, dudum solide demonstrauit Vir summus mihiq̃ amicissimus *Car. Frid. ZEPERNICK* ⁴⁷⁾. Igitur quaedam tantum *προθεωρίας* loco monuisse sufficiet. I) Quod ad *aetatem* Nouellae nostrae attinet, intelligimus ex subscriptione eius, eam datam esse *Cal. Maii*, seu vt Graeca habet, *Cal. Martii* ⁴⁸⁾, *Constantinopoli post Consulatum BELI-*
F. 2 SARI

⁴⁷⁾ in eleganti Praefat. de difficultatibus ac impedimentis conscribendi historiam singular. *Iustiniani Nouellar.* praem. **RIVS** delectui scriptorum Nouellas Iust. Imp. ear. histor. illustrant. *Halae 1783.* 8.

⁴⁸⁾ Obseruauit hoc loco **CONTIVS**, vtramque et latinam et graecam subscriptionem veram esse licet diuersam, vt patet ex *Nov. LXVI.* Vid. tamen *Henr. AGYLAEVUS* de dierum annotatione in *Nouellar.* subscriptionibus penes **ZEPERNICKIVM** cit. *Delectui* insert. pag. 285.

SARII V. C. adeoque anno post C. N. 536. non 537. ut vulgo fertur ⁴⁹⁾). Nam *Fl. BELISARIUS* testantibus penes *Petr. R. E. LANDVM* ⁵⁰⁾) fastis consularibus, consulatum gessit in Oriente anno 535. In Oriente dico, in Occidente enim nullus hoc anno consul, ideoque eius ciues numerabant post Consulatum *PAVLINI iunior.* ut ex Actis concilii *Aruernensis*, hoc anno habiti, constat. Formulam autem hanc: post Consulatum, adiectam nominibus Consulum, qui proxime consulatum gesserant, et quidem nulla numerorum nota addita, primum post eorum Consulatum annum designasse, quo vel nulli novi Consules constituti, vel certe nondum publicati essent, dudum demonstravit *Christ. Gottl. SCHWARZIVS* ⁵¹⁾). II) Inscriptio Nouellae nostrae, quam vulgo *rubrum* vsurpant, varie circumfertur: In veteri

⁴⁹⁾ Conf. *Ant. CONTII Chronolog. annor. et Consul. ac Indiction. Imp. Iustiniani*, ad an. 536. adiect. edit. Corp. iur. civ. *Charondinae* Antwerp. 1575. f. T. II. p. 493. et *Abr. WIELINGII Ind. Nouellar. chronol.* in *EIVS Iurisprud. Restituta* p. 168.

⁵⁰⁾ pag. 712.

⁵¹⁾ in *Diff. de fastorum Rom. formula: post Consulatum.* Altorf. 1735.

veteri translatione latina, quae vulgata dicitur, sic inscribitur: *de triente et semisse*, etc. quod et BARTOLO placuit; sed alia est Epigraphe apud EVIACIVM ex codice Regio, nempe *de hereditaria portione et de collatione dotis* etc. et alia item apud HALOANDRVM et SCRINGERVM, qui ita habent: *et si plures filii non sint, quam quatuor, legitima portio censeatur triens, si ultra quatuor, semis*, etc. Sed hanc ego diuersitatem parum curo, qui persuasum habeam, quod et aliis visum est ⁵²⁾, inscriptiones illas Nouellarum, qua generales, qua speciales, quae singulorum cuiusuis Nouellae capitum summam quandam exprimunt, omni carere iuris auctoritate, nullamque habere in interpretatione earum vim.

III. De lingua Nouellae nostrae originaria, illud memoria omnino dignum videtur, quod ipse de ea alibi litteris mandauit IVSTINIANVS ⁵³⁾, scilicet vtraque eandem lingua scri-

F 3 ptam.

⁵²⁾ Vid. God. Lud. MENCKEN in Diff. de Nouellar. glossatar. et non glossat. auctoritate iuris §. 14. in Celeb. ZEPERNICKII Delectu supra adducto p. 327. sq. et Idem ZEPERNICKIUS in Diff. de testam. desituti viribus §. 42. not. x.

⁵³⁾ Nov. LXVI. Cap. I. §. 2.

ptam fuisse, et latine quidem ad *Salomonein*, Praefectum praetorio Africae ⁵⁴⁾; ex quo consequitur, latinum, qui in vulgata exhibetur, textum, ipsum IUSTINIANI authenticum haud esse, sed graecae constitutionis versionem. Praeterquam enim quod ea, qua hodie utimur, *Nouella ad Ioannem Praefectum praetorio Orientis directa sit*, atque, ut ex Epilogo eius constat, *Calendas Martias* adscriptas habeat, quo die graecam illam constitutionem scriptam esse, testatur IUSTINIANVS ⁵⁵⁾, sane et ipse stylus versionis vulgatae tam manifesta graecae dictionis vestigia prodit, ut, quin *graece* eadem edita fuerit, nihil plane sit, quod dubitemus. Floribus his sparsis, de ipsa nunc videamus metamorphosi, quam tanto hiatus in prologo spondet FLAVIVS noster. Auxit vero per hanc primum *Nouellam* portionem legitimam liberorum non ignobili incremento, ut ipse ⁵⁶⁾ alibi gloriatur Imperator. Quum enim
illa

⁵⁴⁾ CUIACIVS ad h. *Nov.* BRUNQVELLVS in *Hist. iur.* P. II. cap. XI. §. 3. SILBERRADIVS ad *Heineccii hist. iur. civ.* Lib. I. c. VI. §. 396. not. α)

⁵⁵⁾ cit. *Nov. LXVI. cap. 1. §. 2.*

⁵⁶⁾ *Nov. XCII. praefat.*

illa ante IUSTINIANI tempora ad quartam partem eius portionis, quam quisque ab intestato accepisset, coarctaretur, iniquum hoc esse arbitratus est Imperator, neque ius pati posse, ut quadrans tantum relinqueretur liberis, extraneis autem dodrans, atque ita liberis gratis nec male meritis pudor suffunderetur. Inprimis vero mouit IUSTINIANVM liberorum numerus, qui, si maior esset, iuxta veteris quartae normam singulorum portionem, diuisione facta, nimium quantum diminueret, efficeretque, ut saepe numero liberi patris, dum viueret, diuitis, summa in egestate versentur. Qua re motus Imperator, ius illud antiquum corrigere ea Nouella voluit, atque inprimis legitimam liberorum augere portionem, quadrantem veterem in *trientem* transfundendo, immo vero *semissem* iis tribuendo, si plures, quam quatuor legitimi filii adsint, ut ita demum legis antiquae cessaret iniquitas, nec amplius erubesceret. Quae quamquam ita sunt in promptu, ut res disputatione non egeat, fuisse tamen, quibus ea, quam IUSTINIANVS hac Nouella definiuit, legitimae portionis pro liberorum numero quantitas minus placuerit, immo qui eam ceu miram admodum

et a ratione prorsus alienam exhibilauerint. Hoc enim modo fieri opinantur, ut quinque existentibus maior sit legitima singulorum, quam si quatuor adsint; cum ita quidem illi scilicet singuli pro legitima portione non vnam solum vnciam, sed et quintam eius, quae superest, partem ferant, isti vero vnam dumtaxat vnciam accipiant; rationi tamen magis congruat, ut, quo plures sunt, eo minorem pro legitima portionem consequantur ⁵⁷). Ego vero etsi in ea, quam proponunt isti, specie rem ita se habere, haud refrager, tamen, ut in eandem IUSTINIANI reprehensionem cum iis conspirem, a me quidem impetrare nequeo. Non enim cogitarunt reprehensores illi, Imperatorem nequaquam soli quinque liberorum numero semissem assignasse, sed et, si plures adsint, ut octo aut decem, eundem stabiliuisse, quo quidem in casu legitimam cuiusque portionem ne vnciam quidem explere, multoque minus portionem liberorum, qui quatuor vel pauciores sunt, superare, unusquisque facile intelligit. Deinde vero in mentem mihi hic venit, quod apprime satis penes GRATIA-

⁵⁷) Ita inter alios philosophantem reperies IAN-
NVM a COSTA ad §. 7. l. de inoff. testam

TIANVM ⁵⁸⁾ dixit AUGUSTINVS in lib. *de vera religione* cap. 31. *In istis temporalibus legibus, quanquam de his homines iudicent, cum eas instituunt: tamen cum fuerint institutae et firmatae, non licebit iudici de ipsis iudicare, sed secundum ipsas.* Quum igitur disputatio ea ad prudentiam, quam legislatoriam dicunt, magis pertineat, quam ad lureconfulti partes, merito ab ea abstinendum esse censemus, atque ad ipsam, vnde digressi sumus, Nouellae nostrae interpretationem redimus. In qua quidem nunc ea maxime explicanda sunt verba, quibus, qua ratione legitimae portionis quantitatem pro numero liberorum augendam putauerit, IUSTINIANVS expressit. Ista vero secundum eam, quam supra ex HALLOANDRO et HOMBERGIO repraesentavi, translationem, ita se habent: *ut siquidem unum, duosque aut tres, aut quatuor filios pater materue habeat, non quadrantem illis solum relinquat, sed TERTIAM BONORVM PARTEM, (hoc est, QUATVOR VNCIAS, idque mensura sit dicto illi numero definita.* Si vero ultra quatuor filios habeat, DIMIDIAM TOTIVS SVBSTANTIAE PARTEM eis relinquat, ut sex unciae sint omnino, quod debetur, et IN-

F 5

TER

⁵⁸⁾ can. 3. Dist. IV.

TER SINGVLOS TRIENS *forte*, vel SEMIS EX AEQVO DIVIDATUR. Quae ut recte intelligamus, duplex hic disceptanda venit quaestio: altera est, *quomodo portionis legitimae quantitas iuxta Nouellae huius sententiam sit computanda*; altera vero, *quomodo ea sit distribuenda inter eos, quibus debetur?* de qua vtraque, cum et huius disputationis et loci sit, vberius nunc dicendum erit.

§. IX.

Quomodo portionis legitimae quantitas secundum Nouellae XVIII. dispositionem sit computanda? utrum omnium bonorum, an portionis ab intestato debitae pars sit? Doctorem ea in re dissensio.

Si verum est, quod nemo facile inficias iuerit, inter *quantitatem legitimae portionis ipsam*, et *rationem eam computandi*, eiusque proportionem definiendi, plurimum omnino interesse, maximi fane momenti quaestio est ea, quae in Ictorum disputatione versatur; utrum nimirum IVSTINIANVS eum, qui in constituenda legitimae portionis quantitate iure veteri obtinuit, modum computandi hac quoque Nouella abrogauerit? Quid igitur, num ita computandam esse dicemus eam,

eam, quam pro liberorum numero auxit Imperator, legitimae portionis quantitatem, ut, quae olim *portionis* solum *ab intestato debitae portio* fuerit, (§. VII.) nunc *omnium omnino*, quae defunctus reliquit, *bonorum pars* sit? Ita sane visum est multis. Neque id mirum. Quis est enim, quem non eam in haeresin ipsa pellicerent IUSTINIANI verba, quae liberis pro numero eorum diuerso, *MOX TERTIAM, MOX DIMIDIAM TOTIVS SUBSTANTIAE PARTEM* relinquere iubent? Quin immo si cogitamus, quibus ex causis quadrantem veterem antiquauerit IUSTINIANVS, quoque iuris favore dignam ipse habuerit legitimam portionem, ut sine omni onere, absque vlla deminutione, non deducto usufructu, sed pleno iure. ex ipsa bonorum defuncti substantia et titulo quidem institutionis sit relinquenda ⁵⁹⁾, quid? si legimus, quod Imperator ipse de se gloria-

tur,

⁵⁹⁾ L. 32. C. de inoff. testam. Nov. XVIII. cap. 3. et CXV. cap. 3. pr. et cap. 4. Conf. CUIACIUS in *Exposit. Nouellar. ad Nov. 18. Fet. de TOULLIEU* in *Collectan. iur. civ. Dissert. IX.* et *Gemeinnützige iuristische Beobachtungen und Rechtsfälle von GMELIN und ELSAESSER*, IV. Band. Nr. XVI. p. 229. sq.

tur, se scilicet legitimam portionem non ignobili auxisse *accessione* ⁶⁰⁾; quotus tandem quisque repugnaret ei, qui leges, de ea portione disponentes, ita interpretandas esse censeat, ut ea magis amplificetur, quam diminuat? Quae quidem argumenta etsi iam satis magna esse videantur, tamen omnium, quae pro hac interpretatione adferri solent, nullum est praestabilius eo, quod portio legitima, posteaquam a IUSTINIANO hac, de qua loquimur, Nouella eo, quo vidimus, modo, aucta fuerit, nusquam in legibus posterioribus, quotquot eius mentionem faciunt, *portio portionis ab intestato debita* dicatur, sed aut *partis legitimae* ⁶¹⁾, aut *partis, quae per leges debetur* ⁶²⁾, aut *legibus debita* *portionis* ⁶³⁾, nomine veniat. Id quod argumenti satis esse adserunt, IUSTINIANVM, quamuis ipse portionem legitimam, antequam Nouellam XVIII. promulgaret, saepius *quartam scil. ab intestato successionis partem* ⁶⁴⁾ dixerit; tamen

⁶⁰⁾ Nov. XCII. praefat.

⁶¹⁾ Nov. XXII. cap. 48. Nov. XXXIX. cap. 1.
Nov. XCII. cap. 1. Nov. CXXIII. cap. 38.

⁶²⁾ Nov. CXVII. cap. 1.

⁶³⁾ Nov. CXV. cap. 3.

⁶⁴⁾ L. 31. Cod. de inoff. testam. Nov. I. cap. 1.
§. 1.

tamen post mutationem eius factam, appellationem illam rei haud conuenientem iudicasse.

Habes igitur argumenta eorum, qui iure quidem nouissimo portionem omnium bonorum, pro numero personarum vel trientem vel semissem, definiendam esse eam statuunt, quae *legitima* appellatur. Quorum e numero, si quaeris, sunt, *Henr. WAGNERVS* ⁶⁵⁾, *Car. Lud. Christ. ROESLINVS* ⁶⁶⁾ et alii, quos iam supra ⁶⁷⁾ in medium protuli. Sed plerique negant, *IUSTINIANVM* veterem in constituenda legitimae portionis quantitate computandi modum mutare voluisse. Largiuntur quidem isti, Imperatorem legitimae portionis quantitatem augere voluisse; ast hoc satis effecisse contendunt, quod quadrantem veterem transtulerit in trientem vel semissem, pro numero scilicet eorum, quibus portio illa debetur. Quodsi vero in computatione ipsa quidquam innouare con-

⁶⁵⁾ in *Diatr. in qua demonstratur, parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem esse*. Marburgi Cattor. 1772. 4. cap. I.

⁶⁶⁾ *Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheiles* I. Stück. 1772. §. 41. et II. St. §. 8.

⁶⁷⁾ *Dissertat. huius* §. 1. not. 3.

constituisset IUSTINIANVS, quale, dicunt, legeremus prooemium! Norunt omnes Imperatoris immodicam de se suisque rebus perorandi cupidinem. Nonne igitur eadem verbositate, qua de antiqua quarta dixit, de personis dicturus fuisset, quae iure veteri legitimae portionis computum ingrediebantur? Neque denique obstare credunt IUSTINIANI verba: *tertiam propriae substantiae partem, et mediam totius substantiae partem*, quae tum in *Nouella* hac *XVIII.* tum in *Nov. XXII. cap. 48.* occurrunt; vtramque enim *Nouellam* solum de liberis loqui perhibent, qui cum soli eo tempore ⁶⁸⁾ ab intestato succederent, perinde sane valere, vtrum trientem aut semissem,

⁶⁸⁾ Eo enim tempore, quo *Nov. XVIII. et XXII.* editae sunt, coniugi superstiti, inopia laboranti, ius cum liberis succedendi nondum tribuerat IUSTINIANVS, id quod demum *Nov. LIII. cap. 6. et CXVII. cap. 5.* receptum est, vt ex Chronologia harum *Nouellarum* patet; *Nouellae* enim *XVIII.* et *XXII.* eodem anno post Chr. N. 536. promulgatae sunt, *Nouella* vero *LIII.* anno post Christum 537. post Consulatum BELISARII V. C. Anno 2. *Nouella* denique *CXVII.* anno post Christum 541. FL. BASILIO Iuniore V. C. Cos. edita est. Vid. WIELINGII *Indicem Chronol. Nouellar.*

missem, iis debitum, omnium bonorum, aut portionis ab intestato partem dixeris. Fac enim Titium relictis quatuor filiis decessisse testatum, eosque in sola legitima instituisse. Si fingis, testatorem reliquisse MCC. florenos, legitima liberorum constituet cccc. quos vtrum totius substantiae, an eius, quae ab intestato hisce liberis debetur, portionis partem esse dicas, eodem redibit. Ita in primis rationes suas subduxerunt *Io. Christ. CLAPROTH* ⁶⁹⁾, et *Car. Frid. GERSTLACHER* ⁷⁰⁾, quibus *Ge. Sam. MADIHN* ⁷¹⁾ *Aug. Wilb. MEYERVS* ⁷²⁾, *Frid. Car. Adolpb.*

α

Iar. Iustin. adiecit. Jurisprud. Restitutae pag. 167. et V. Conf. *ROESLINIUM* in den Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils I. St. §. 24. et 25.

⁶⁹⁾ in *Diff. de computo legitimae secundum personas.* §. XXI.

⁷⁰⁾ *Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils.* §. 10. et 11. *Idem* in der Bestätigung und naehern Erläuterung der neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils. §. 9.

⁷¹⁾ in *Diff. de legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis* §. VI.

⁷²⁾ in *Diff. de determinanda legitimae quantitate.* §. VI. sqq.

a TRÜTZSCHLER ⁷³), Lud. Iul. Frid. HOEPFNERVS ⁷⁴, Io. Christ. WOLTAE-
RVS ⁷⁵) aliique quam plurimi adfentiuntur. Hi igitur iure etiam nouissimo legitimam por-
tionem *secundum successionem ab intestato* aesti-
mandam esse arbitrantur; omnesque idcirco
in quantitate eius constituenda connumerant
personas, quibuscum ii, quibus legitima de-
betur, ab intestato successissent. Antequam
vero, quid mihi ea de re videatur, dicam,
necessarium esse duco, praemittere quaedam
de varia legitimam portionem computandi ra-
tione, vt, quid intersit, vtrum ea omnium
defuncti bonorum, an portionis solum ab
intestato debitae pars dicatur, eo magis in
oculos cuique incurrat.

§. X.

⁷³) *Anweisung zur vorsichtigen und foermlichen
Abfassung rechtl. Aufsaetze etc. 2. Th. VI.
Hauptabtheil. 1. Hauptst. §. 10. pag. 553.*

⁷⁴) *im Theoret. pract. Commentar über die Hei-
neccischen Institut. 2te Aufl. pag. 369. sq.*

⁷⁵) *Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit (Halle
1785. 8.) III. Abschn. §. 266. pag. 404. sqq.*

§. X.

Quid reseat, utrum legitimæ portionis quantitas secundum portionem ab intestato debitam, an, ea insuper habita, secundum bonorum, quæ defunctus reliquit, universitatem definatur, disquiritur?

Ostenduro autem mihi, quid intersit, utrum triens ille vel semis, quem **IUSTINIANVS** heredibus necessariis pro numero eorum legitimæ nomine assignavit, sit omnium bonorum, an vero portionis solum ab intestato debitæ pars, præmonendum esse videtur, quaestionis huius utilitatem in eo vel maxime casu cerni, si præter eos, de quorum legitima portione constituenda quaeritur, plures adsint, qui, si intestatus decessisset paterfamilias, partem tulissent in dividenda legitima hereditate, licet querelæ mouendæ ius non habeant. Nam si tales deficiunt, iique, quibus legitima relicta est portio, soli sunt, ad quos omnis ab intestato peruentura esset hereditas, quaestio illa prorsus inutilis videtur, propterea quod eo in casu perinde erit, siue sit omnium bonorum illa pars, quæ *legitima* vulgo dicitur, siue portio tantum portionis ab intestato debitæ.

bitae. Quodsi vero priorem ponas speciem, plurimum omnino refert, quemadmodum aestimandam esse putes eam, de qua quaeritur, portionem, vtrum nimirum in illa dimetienda spectes successionis ab intestato rationem, an vero, ea insuper habita, portionis legitimae quantitatem ex vniuersis bonis definias. Etenim praeter eos, quorum legitima portio computanda venit, vel tales adsunt, quibus, nisi exclusio locum haberet, eodem ordine legitima debita fuisset portio, vel tales adsunt, qui, licet legitimae portionis iure non gaudeant, tamen, si defunctus sine testamento decessisset, aequali saltem iure successissent. Fac esse prius, exheredati quoque, in computanda legitima portione reliquorum, quibus ea relicta est, vel partem facient numerumque ⁷⁶⁾ vel non, prout legitimam

⁷⁶⁾ Quid sit *partem facere*, quid *numerum facere*? paucis explicandum videtur. Disces autem, quae sit dictionis prioris potestas, si voles, ex collatione *L. 8. §. 8. D. de inoff. testam. L. 17. D. eodem.* et *L. 7. D. de reb. dub.* In priori *VLPRIANVS* sequentem in modum: Quoniam autem, inquit, quarta debita portio sufficit, ad excludendam querelam: videndum erit, an exheredatus *partem faciat*,

gitimam portionem non nisi partem esse dic-
cas eius, quod ab intestato quisque habitu-

G 2

rus

faciat, qui non queritur: ut puta sumus duo
filii exheredati. Et utique faciet, ut PA-
PINIANVS respondit, et si dicam inofficio-
sum, non totam hereditatem debeo, sed dimi-
diam petere. Proinde si sint ex duobus filiis
nepotes: ex uno plures, tres puta; ex uno
unus: unicum fescuncia, unum ex illis semuncia
querela excludit. In altera PAVLVS ita:
Qui repudiantis animo non venit ad accusatio-
nem inofficiosi testamenti, PARTEM NON
FACIT HIS, qui eandem querelam mouere
volunt. Vnde si de inofficioso testamento patris
alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso
testamento alter quoque ad successionem ab in-
testato vocatur, et ideo uniuersam hereditatem
non recte vindicasset: hic si obtinuerit, utere-
tur rei indicatae auctoritate, quasi Centumviri
hunc solum filium in rebus humanis esse nunc,
cum facerent intestatum, crediderint. In po-
steriori denique CAIVS hoc modo: Vtrum
ita possumus PARTEM FACIAT, si natus
sit, an et si natus non sit, queritur? Ego
commodius dici puto: si quidem non sit, mi-
nime eum PARTEM FACERE, SED TO-
TVM AD TE PERTINERE, quasi ab ini-
tio tibi solido relicto: sin autem natus fuerit:
utrosque accipere, quantum cuique relictum es-
set, ut uno nato pars tibi dimidia debeatur.
Intelliges inde, PARTEM ALTERVM FA-
CERE

rus esset, aut, nulla status intestati ratione
habita, tantum pro numero eorum, qui por-
tionem

CERE in usu iuris dici eum, cuius existentia efficit, ut totum, quod alter, ni hic adesset, caperet, in partes scindatur, earumque altera tantum ad eum, cui hic partem facit, perveniat; siue, ut *Hugo DONELLVS in Commentar. de iure civili* Lib. XIX. c. 4. p. 1087. clarius explicavit, cuius portio perinde habetur, quasi eam accepisset, eamque iam sibi propriam obtineret, ita, ut nihil inde alteri accrescat. Quodsi ergo in proposita specie *exheredatus partem facere* dicitur fratri alteri, qui in legitima portione est institutus, si de computatione illius quaeritur, perspicuum est, hoc nihil aliud esse, quam quod exheredati quoque in definienda legitima alterius fratris portione eatenus omnino habenda sit ratio, ut, quae fratri iam debetur portio, non assis totius, sed semissis solum eius triens sit, quem ille ab intestato fuisset habiturus. Vid. *CLAPROTH in Diss. eleg. de computo legitimae* §. XIV. et *NOODT in Commentar. ad Pand. tit. de inoff. testam.* T. II. Oper. pag. 165. Caeterum, quam lēti quidam in *L. 8. et 17. cit. D. de inoff. test.* inuenisse sibi visi sunt repugnantiam, hoc ego loco parum curo, ablegans lectores ad *Franc. CONNANVM in Comment. Iur. Civ. l. IX. c. 8. §. 3. Desid. HERALDVM de auctoritate rer. iudicatar.* Lib. II. c. 14. §. 4. et 5. *Car. Frid. ZEPER-*

tionem suam ipsi capiunt, eam omnium bonorum partem esse existimes. Quam diuersa vero sit, quae inde oritur, portionis legitimae taxatio, ex iis, quae in medium proferam, exemplis adparebit. Finge patrem, duos habentem filios, alterum iuste exheredasse, alterum in portione solum legitima instituisse, in reliqua vero hereditate extraneum. Quodsi in determinanda legitima filii grati portione ad intestati statum spectes, exheredatus partem ei faciet, et legitima filii portio triens tantum semissis erit, quae, si nulla portionis ab intestato debitae haberetur ratio, triens ipsius assis foret. Ergo pro diuersa illa com-

Gr 3 *connumerandi*

NICKIUM in *animaduers.* ad *Siccamam de iud. centumuir.* pag. 154. et sqq. *Ger. NOODT loc. alleg.* et **CLAPROTHIUM** *laud. Diff.* Ast interpellas quaeso, et quid iam sit **NUMERUM FACERE**, interrogas? Tene, *numeri facere in computanda legitima* dici eum, qui, etsi nullam ipse partem capiat, tamen in constituenda legitimae eorum, quibus ea debetur, quantitate ita connumerandus venit, ut ea inde augeatur, et, si v. g. ex quinque, quos defunctus reliquit, filiis unus iuste exheredatus esset, reliquorum legitima portio nihilo secius semis aestimetur. Vid. *Henr. COCCERI Diff. de liberis, qui partem et numerum faciunt.* *Francos. ad Viadr.* 1717.

putandi ratione modo maior modo minor efficietur portio. Ponas enim totum hereditatis assem conficere MCC. flor. filius, in legitima portione institutus, si posteriorem sequeris computationem, sibi vindicabit CCCC. qui, si portionem ei debitam ad priorem computandi rationem exigis, cc. floren. contentus erit. Fac porro Titium relictis quinque filiis decessisse cum testamento, in quo quatuor filios in legitima instituit, quintum iuste exheredavit, et praeterca Seium extraneum heredem scripsit. Quantam esse putabis portionem filiorum legitimam? Omnis causa in eo vertitur, vtrum in supputanda legitima portione successionis ab intestato normam sequaris, nec ne? Si enim in priori computationis norma acquiescis, filius quoque exheredatus ad inuestigandam legitimae reliquorum quantitatem numerum faciet, et ita portio quatuor filiorum legitima erit *semis*, quae, si ille haud connumeretur, *triens* tantum esset ⁷⁷). Eandem denique computationis

⁷⁷) Caeterum controuersiam hanc, cum huius disputationis non sit, meam non facio, ab aliis iam satis agitatam. Vid. Chr. Henr. BREVNINGII Diss. de filio iuste exheredato

nis diuersitatem in altera, quam supra proposui, specie emergere, si cum iis, quibus legitima relicta est portio, concurrunt tales, qui, si vel nulla ipsis in praesentia rerum portio legitima debeatur, ab intestato tamen aequaliter successissent, sponte sua intelligitur. Cogita igitur parentes concurrere cum fratribus sororibusque defuncti bilateralibus, quibuscum iure nouissimo aequali ab intestato successissent iure, et finge filium decessisse testatum, suosque parentes in sola legitima instituisse. Quam diuersa hoc in casu efficiatur legitimae portionis quantitas,

G 4 tas,

to connumerando in constituenda legitimae quantitate. Lipsiae 1753. Gebh. Christ. BASTINELLER Dissertat. duas de usu theoretico et practico quaestionis; quatenus filius iuste exheredatus in computatione legitimae inter liberos connumerandus sit nec ne? Halae 1712. WESTENBERGII Dissertat. de portione legitima. Diss. III. cap. 3. §. 4. sqq. VINNII select. iur. quaest. Lib. I. qu. 21. COCCII Ius Controv. tit. de inoff. testam. Qu. 18. et 29. CLAPROTH saepius alleg. Dissert. §. XIX. sqq. MEYERII supra laud. Dissertat. de determinanda legitimae quantitate §. XIII. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien von zweyen Rechtsgelehrten. II. Band. Medit. LXXXIV. aliosque.

tas, prout eam vel omnium bonorum partem, vel portionem portionis ab intestato debitae esse existimes, eae, quas proponam, visiones, luculenter demonstrabunt. Primum contingere potest, ut defunctus fratres suos praeterierit. Ponamus igitur duos fratres a fratre praeteritos, matre instituta in portione legitima, et in reliquis bonis scripto herede extraneo. Hoc in casu portionem matris legitimam iure Romano nouissimo constituere trientem, infra extra omnem controuersiam vindicabimus. Sed quomodo eundem computabis? Duplex tibi via patet. Nam in computando triente seu legitima matris portione vel ad successionem ab intestato respicis, vel non. Si posterius, fratres defuncti habendi pro nullis, et triens totius substantiae relictæ ad matrem loco legitimæ pertinebit, habebit ergo cccc. Fl. ex MCC. quos defunctus reliquit. Si vero prius, ad inueniendam matris legitimam computabis ante, quantam ab intestato partem ea habitura fuisset. Quam si inuenisti; nonne vero cccc. ex MCC? ita est, cum non sint plures relictæ, quam mater cum fratribus binis, qui omnes ab intestato successissent aequaliter in capita ⁷⁸⁾; huius demum portionis, scilicet

⁷⁸⁾ Nov. CXVIII. cap. 2.

ab intestato debitae, tertia pars, ergo triens trientis, qui summam tantum CXXXIII. Fl. 20. kr. conficit, matris legitimam complebit portionem. En igitur, quanti momenti differentia! siue hanc siue illam computandi rationem elegeris. Sed fieri denique potest, ut quis fratres ipsos heredes faciat, parentes autem in legitima tantum portione instituat. Fingam Cornelium reliquisse quinque fratres, quos eodem heredes scripsit, et patrem, quem in legitima solum instituit. Fingam, relicta, deducto acre alieno, in bonis testatoris MCC. floren. Hic primum manifestum est, portionem, quam ab intestato quisque habiturus esset, constituere sextantem, seu, quod idem est, cc. Floren. Cuius si nullam in computanda portione patris legitima rationem habeas, triens totius substantiae, quem patri legitimae nomine assignabis, constituet cccc. Floren. adeoque legitima patris maior erit, quam is ex filii bonis ab intestato sperare omnino potuisset, et quisque e contrario fratrum defuncti ex besse, qui superest, i. e. ex DCCC. Floren. non nisi CLX. Flor. adeoque minus, quam ab intestato, pro sua portione capiet. Quod si vero portio legitimae, quae patri debetur, quan-

quantitatem ad modum eius partis, quae intestato defuncto ad eum peruenire potuisset, exigis, fratres defuncti in computationem omnino venient, et ita legitima patris portio summam conficiet multo minorem. Ex quo igitur, quantum interfit, vtrum legitimam portionem hereditatis totius, an portio- nis ab intestato partem esse dicas, satis in- telligitur.

§. XI.

Variae Doctorum, quae supra de computatione portionis legitimae propositae sunt, sententiae ex- aminantur, et quae vera earum sit, definitur.

Atque haec quidem praemittenda omnino fuerunt, ne, quam ego in discutiendis, quas supra de computatione legitimae por- tionis in medium attuli, variis Doctorem sententiis posuero operam, inanem quis esse arbitretur ⁷⁹). Quodsi igitur de eo nunc dispu-

⁷⁹) Ieiunus igitur profecto est BACHOVIVS ad TREVTLERVM Vol. I. Disput. XIII. th. II. lit. B. cui, an legitima sit portio eius, quod ab intestato debetur, an totius substan- tiae pars, ieiuna et fere Domitiana quaestio videtur; recte idcirco notatus ab eximio ICto

disputandum erit, quomodo legitimae portionis quantitas a IUSTINIANO aucta iure illo nouissimo sit computanda, primum eorum quae perpendatur sententia, operae omnino pretium videtur, qui iure Nouellarum legitimae portionis non solum quantitatem, sed etiam computationem ita mutatam esse ab Imperatore existimant, ut, quae olim quarta portionis ab intestato debitae pars fuerit, nunc omnium bonorum portio, pro numero personarum triens vel semis, sit habenda. Qui ita censent, argumentis vtuntur maxime quidem speciosis, ut supra vidimus (§. IX.) an vero et ita comparata sint, ut id, quod velint, efficiant, iam dispiciendum erit. Et in primo quidem argumento multum ipse olim praesidii posui. Ecquis enim putaret, fieri posse, ut locus dubitationi relinquatur ullus, si legem nostram liberis pro numero eorum tertiam vel dimidiam TOTIVS SUBSTANTIAE partem legitimae nomine assignari velle, legerit. Quid enim quaeso his esse verbis disertius videtur? Verum enim vero quando consideramus, IUSTINIANVM ibi de legitima liberorum et cunctis quidem

totius substantiae partem legitimae nomine assignari velle, legerit.

Io. Hartw. REVTRRO in Diss. iam saepius commemorata §. 1. in nota.

omnino relinquenda disponere; id quod ex eo maxime intelligitur, quod illam *inter singulos aequaliter diuidendam* esse iusserit; si porro cogitamus, legitimam hanc portionem, quatenus intuitu omnium liberorum eam capientium coniunctim intueatur, cum illis temporibus soli ab intestato succederent parentibus, (§. IX. not. 68.) totius substantiae trientem vel semissem haud dubie complecti; adeoque in singulis aliter haud adesse posse, quin portio portionis ab intestato cuilibet debitae intelligenda sit; non facile quemquam fore putauerim, quin illi sententiae diffidere incipiat. Neque profecto labefactatam subleuat sententiam summus ille iuris fauor, quo portionem legitimam dignam habuerit FLAVIVS noster, is enim ipsius normam, et rationem eam computandi, iure veteri semel stabilitam, quae non sublata cernitur, haud excludit. Et nonne omnino vera de se gloria praedicare potuit Imperator, se non ignobili incremento legitimam auxisse portionem ⁸⁰), quartam, quae olim liberis, nulla numeri eorum ratione habita, legitimae nomine debebatur, pro numero eorum in tertiam vel dimidiam eius portionis, quam ab intestato

quis-
⁸⁰) Nov. XXII. cap. 48. et Nov. XCII. praefat.

quisque habiturus esset, partem transfundendo? Lubens fane adfentior iis, qui IVSTINIANI leges, in legitimae fauorem latas, benigne esse interpretandas censent, verumtamen qui iure Nouellarum ad certissima iuris antiqui principia conuellenda abutuntur, et quidquid in IVSTINIANI legumlatione vel minimam nouitatis speciem prae se fert, quam longissime ultra intentionem Imperatoris extensum cunt, omnium profecto minime ferendi mihi videntur. Sed vltimum superest argumentum, prorsus nouum, quo qui praeter ROESLI-
NVM vsus fuerit, scio neminem. Notatu omnino dignum videtur, quod portio legitima, ex quo a IVSTINIANO Nouella XVIII. aucta fuit, nusquam fere *portio portionis ab intestato debitae* dicatur, sed *partis legitimae* aliisque, quae supra ⁸¹⁾ iam in medium prolatae sunt, appellationibus veniat; enimvero an tacitam idcirco veteris legitimam computandi normae abrogationem coniecturare inde liceat, valde equidem dubito. Primum enim abrogationem iuris antiqui, praecipue a IVSTINIANO, tacite factam censeretur haud oportere, et ipsi alibi ⁸²⁾ monuimus, et saepius
iam

⁸¹⁾ Vid. pag. 92. huius Dissertat.

⁸²⁾ Vid. pag. 56. Nostr. Dissertat.

iam alii monuerunt ⁸³⁾. Deinde vero Imperator iis in legibus, quas ROESLINIVS adduxit, obiter tantum legitimae portionis mentionem iniicit, qua igitur de causa eandem iusto verbosius *portionem portionis ab intestato debitae* appellare debuisset, quam brevius multo atque concinnius *legitimam partem* dixit, equidem fane haud perspicio. Accedit denique, IUSTINIANVM in iis, quae Nouellam nostram secutae sunt, legibus ad eam ubiuis respicere correctionem, quam circa legitimae portionis quantitatem in Nov. XVIII. semel fecerit; quod ut cuius perspicuum sit, loca quaedam ex recentioribus Nouellis delibare iuvat: Ita v. g. Nov. XXII. c. 48. in vulgata, quam appellant, translatione habet: *Hanc itaque partem de aequitate filiorum ex priore et secundo matrimonio venientium, adherentes potius quam sancientes dicimus: alioqui semel augentes AB INTESTATO PARTEM omnino filiis relinquendam; et usque ad quatuor quidem filios, QUATVOR VNCIAS omnino definientes; si autem ultra quatuor sint, usque ad*

ME-

⁸³⁾ Conf. Petr. de TOULLIEU in *Collectan. iur. civ.* Diff. IV. pag. 222. et Celéb. I. L. E. PÜTTMANNVS in *Interpret. et Observat. iur. Rom.* Cap. XXXIV. pag. 176.

MEDIAM SVBSTANTIAE PARTEM:
 idoneum iam dedimus filiis solatium, non ex parua
 mensura (i. e. non modica accessione) anti-
 quam eorum angustiam resoluentes: reflectas hic
 velim, Imperatorem hoc loco legitimam por-
 tionem partem ab intestato dicere, postquam
 in illa, ad quam hic respicit, Nouella XVIII.
 eandem iam auxerat. In alia Nouella adhuc
 recentiori ⁸⁴), nimirum XXXIX. cap. I. fan-
 ciuit IVSTINIANVS, ut si quis imposterum
 bona sua restitui iubeat, primum filio LEGITI-
 MAM PARTEM, non quartam (hoc enim cor-
 reximus, nimiam eius tenuitatem damnantes) sed
 TERTIAM omnino seruet, vel DIMIDIAM
 pro numero liberorum; ex his et aliis, quas
 breui-

⁸⁴) Obiter hic monco, Nouellam XXXIX. non
 anno post Chr. 535. BELISARIO Cos. esse
 editam, vt errauit Abr. WIELING in *Indice
 chronol. Nouellar. Iustin.* falsa eius subscriptio-
 ne deceptus, sed anno 537. post Consulatum
 BELISARII V. C. anno secundo, vt Ant.
 CONTIVS in *Chronologia annor. et Consul. ac
 Indiction. Imperii Iustiniani* ad. ann. 537. re-
 ste adnotauit, eaque propter GREGOR. HA-
 LOANDER in sua *Nouellarum* editione men-
 dosam Nov. XXXIX. subscriptionem ex SCRIM-
 GERO ita restituit: *Dat. XV. Kalend. Maji,
 Constantinop. post BELIS. V. C. Cons.*

breuitatis causa praetermitto, Nouellis IV-
STINIANI recentioribus satis intelligitur,
Imperatorem, vbi legitimae portionis men-
tionem facit, semper ad eam, quam circa
legitimae quantitatem semel fecerat, spectasse
mutationem, quae cum ad veterem tantum
legitimae portionis quantitatem, nequaquam
vero ad veterem eam computandi normam
pertineat, vt sequenti Spho idoneis argu-
mentis demonstrabimus; omnem iam vltimi
illius argumenti vim concidere, manifestum
est. Ita vero, re attentius considerata, iam
desero sententiam, quae, quod ingenue con-
fiteor, adeo mihi ipsi ante imposuerat, vt
vnice veram illam existimarem. Sed que-
madmodum

*Numquam ita quisquam bene subducta ratio-
ne ad vitam fuit,*

*Quin res, aetas, usus, semper aliquid ad-
portet noui,*

Aliquid moneat:

ita saepius vsu venire solet,

vt illa, quae te scire credas, nescias,

*Et quae tibi putaris prima, in experiundo
vt repudies.*

Vocat

Vocat nos igitur ad se, et nos accedimus lubenter, eorum ICtorum sententia, qui eam, quam *legitimam* nuncupant, portionem adhuc post Nouellam XVIII. portionis ab intestato debitae partem definiunt, neque ea in re quidquam ex iure antiquo mutatum esse existimant. Quibus ea opinio argumentis suffulta sit, supra quidem iam vidimus, sed alia suppetunt noua, quae sequens monstrabit paragraphus.

§. XII.

IVSTINIANVM in Nov. XVIII. cap. 1. *solum legitimae portionis quantitatem auxisse, at veterem eam secundum successionis ab intestato conditionem computandi normam haud sustulisse, nouis argumentis demonstratur.*

Nouae igitur iam adstruendae sunt probationes, quibus, Nouellam XVIII. legitimam tantum mutasse, quantum *ipsius quantitatem* attinet, non quantum attinet *ipsius normam et rationem computandi*, extra omnem dubitationis aleam vindicemus. Et primum quidem sententiam hanc comprobat ipsa, quae IVSTINIANVM mouit, portionem legitimam augendi, causa. Nuspiam apparet, Imperatorem umquam redarguisse veterem eandem

H com.

computandi rationem, aut iniquum iudicasse, quod portio esset debita ab intestato portionis; minime sane, sed nimiam veteris legitimae tenuitatem reprehendit, idque solum improbauit, quod quadrans tantum liberis relinqueretur a parentibus, extraneis autem dodrans, atque ita non solum liberis gratis nec male meritis pudor suffunderetur, sed etiam, propter plurium eorundem concursum, facile efficeretur, ut liberi patris, dum viueret, diuitis in extremam delaberentur paupertatem. Igitur subrogato in locum veteris illius quartae *triente*, si quatuor aut pauciores liberi adsint, *semisse* vero, si plures quam quatuor existant, Imperatorem utique ad normam iuris Romani veteris, computandi legitimam, nempe ad *statum successionis ab intestato*, respexisse, vel inde pater, quod iuxta regulam satis cognitam: *surrogatum sapit naturam eius, cui subrogatur*, nihil quidquam subrogari praesumatur substituique, nisi cum ea conditione, cum isto iure, atque cum illis qualitatibus, quibus ea pollet res, cui subrogatur. Alteram, quae omnino noua est, probationem peto ex *Nov. XVIII. cap. 2.* ubi IUSTINIANVS, quid ex iure veteri mutauerit, distinctius expressit: cuius-
que

que ut ipsa adscribamus verba, operae omnino pretium videtur:

VVLGATA.

HOMBERGKIANA.

Excipiatur autem a nobis de curialibus nuper posita lex, quae filiis curialibus, aut filiabus curialibus nubentibus noniuncium omnino dari vult, reliquo triumcio a parentibus secundum potestatem dispensando, omnibus aliis de inofficioso positis legibus, et praecipue nostris in sua virtute seruandis, et de ingratis filiis, et de naturalibus, PRAETER SOLAM QUANTITATEM, QUAM AD PRAESENS AVXILIUMVS SECVNDVM

Excepta vero sit lex de curialibus nuper lata, quae filiis curialium vel filiabus, quae curialibus nupserrunt, dodrantem omnino dari, et de reliquis tribus vnciis a parentibus pro lubitu eorum vult disponi. Omnibus aliis legibus quae de querela inofficiosi latae sunt, et maxime nostris, in suo robore conseruandis, tam liberos ingratos quod attinet, quam eos, qui tales non sunt: excepta sola quantitate quam impraesentiarum secundum ea, quae ante de-
H 2 finita

OMNES PRAEDI- finita sunt, auxi-
CTAS DEFINITIO- mus.
NES.

Quodsi igitur IVSTINIANVS in hac *Nouella XVIII. cap. 1.* solam quantitatem legitimae portionis augere voluit, omnesque caeteroquin, quae de querela inofficiosi ante extabant, leges in suo conseruare valore, haud amplius vereor, vt quis nobis, legitimam portionem vel iure nouissimo partem portionis ab intestato debitae esse flatuentibus, cum *Henrico WAGNERO* ⁸⁵⁾ obiiciat, nos veterem et nouam portionem legitimam turpiter confundere.

§. XIII.

Quaestio altera, quomodo legitima portio sit distribuenda inter eos, quibus illa debetur? proponitur, et iuxta Nouellae XVIII. sententiam deciditur.

Vidimus igitur, quomodo iure nouissimo constituenda sit portionis legitimae quantitas, nunc, quo ea modo sit distribuenda, cognoscamus. Pertinent autem ad quaestionem hanc ea maxime *Nov. XVIII. cap. 1.* verba:

et

⁸⁵⁾ in supra alleg. *Diatriba* cap. 1. pag. 3.

et inter singulos triens forte vel semis aequaliter diuidatur: idque non iniusta rerum circumstantia, — sed quod cuique competit, per omnia in quantitate et qualitate aequale sit; quae accuratiori enodatione omnino digna videntur.

IUSTINIANVS hic loquitur de liberis, quibus eodem et primo ordine legitima debetur portio, et talem praesupponit legitimae eorum computationem, quae vulgo *collectiua* appellatur. Qui nimirum, vt hoc omnino praemoneam, nobiscum statuunt, portionem legitimam iure quoque nouissimo esse certam duntaxat portionem patrimonii ab intestato debiti, duplicem monstrare solent, eandem computandi, viam. Primum enim a toto defuncti patrimonio ab intestato debito dimidia vel tertia pars, pro numero eorum, quibus debetur legitima, potest separari, et facto hoc inter eos aequaliter distribui. Deinde etiam, determinata prius cuiusuis portione ab intestato debita, vel tertia vel dimidia eius pars inter singulos potest distribui. Quae priori modo instituitur legitimae portionis computatio, vocatur *collectiua*, quae modo autem posteriori, *distributiua* ⁸⁶⁾ vsur-

atur.

⁸⁶⁾ Conf. Aug. Wilk. MEYERI saepius alleg. Diff. §. X. et XI.

patur. Inter quam quidem vtramque etsi eo in casu, si plures adsunt, quibus eodem ordine et gradu legitima debeatur portio, et omnes quoque eam ipsi capiant, nihil reuera intersit, cum quisque concurrentium utroque respectu eandem accipiat portionem, siue collectivae siue distributivae legitima computetur; tamen in aliis, quae obvenire possunt, casibus inter vtramque hanc computationis speciem tanti momenti differentia cernitur, ut eam, in natura rei esse fundatam aut affirmare aut leges ignorare debeas. Fac vnum siue plures eorum, quibus leges primo ordine et gradu ius legitimam exigendi portionem tribuerunt, vel ex voluntate vel ex necessitate eius haud fieri participes; tunc maximi momenti oritur quaestio, utrum scilicet deficiens caeteris partem faciat nec ne? Quod si enim partem facit, caeterorum portio legitima portione deficientis minuitur, quia, quod deficiens non capit, ad heredem scriptum pertinet, et non accrescit reliquis, sed iis tanto minus ex legitima debetur; si vero deficiens partem non facit, caeterorum portio augetur. (§. X.) Fac porro eos, quibus portio legitima debetur, ulteriorum esse graduum, ut puta adesse plurium filiorum praedefun-

defunctorum nepotes, aut ascendentes et paternae et maternae lineae remotiores; tunc in quaestione versatur, an in diuisione legitimae numerentur capita, totque fiant portiones, quot personae adsunt eandem exigentes; an vero plures eiusdem stirpis descendentes, aut lineae eiusdem ascendentes, pro vna habeantur persona, vnamque duntaxat portionem simul accipiant? His quidem in casibus legitima eorum portio, qui illam capiunt, non semper *collectiue* computanda, nec *aequaliter* inter illos diuidenda erit, sed *distributiva*, quam appellant, computatio obnebit. Igitur in diuidenda quoque legitima portione fertilissimum nobis est principium, si quantitatem eius definiendam ad modum successionis ab intestato exigimus. Quum enim portio legitima tam antiquo quam nouissimo iure (§. XI. et XII.) sit portio tantum eius portionis, quae ad eum, cui debetur, esset peruentura, si testator intestatus decessisset ⁸⁷⁾, patet, in decidenda illa prima, quam ante proposui, quaestione vtramque facere paginam, vtrum is, qui legitimae particeps non fit, successurus fuisset ab intesta-

H 4

to

⁸⁷⁾ L. 8. §. 6. D. de inoff. testam. L. 8. pr. Cod. eodem.

to nec ne; si enim prius, *is partem ceteris utique faciet*, i. e. connumerandus erit omnino in diuidenda legitima reliquorum portione, non secus ac si portionem acciperet, quamvis re vera nihil capiat, sed portio eius lucro heredis cedat. Ponas igitur Caium e tribus, quos reliquit, filiis duos in legitima instituisse, tertium rite iusteque ea de causa exheredasse, quod impias ei manus intulerit; si iam de legitimae portionis quantitate quaeritur, trientem eam conficere, in aprico est; quem si *collectiue* ex toto defuncti patrimonio ab intestato filiis debito computare velles, esset ex MCC. floren. quadringentorum summa, inter singulos, quibus debetur, aequaliter diuidenda; sed tunc portio cuiuslibet, excluso quippe, qui nihil capit, exheredato, constitueret cc. fl. quod perperam sane: exheredatus partem utique faciet, quamvis ipse nihil capiat, nam ab intestato successurus fuisset, ergo legitima cuiuslibet non erit cc. sed cxxx. Fl. 20. kr. tantum conficiet, qui est triens portionis ab intestato cuiuslibet debita; exheredati vero partem scriptus heres retinebit ⁸⁸). In isto familiae erciscun-
dae

⁸⁸) Quia enim instituti in legitima non sunt coniuncti cum exheredato, inde non possunt iure ac-

dae iudicio arbitro utimur VLPIANO ipso ⁸⁹), is qui in *lib. XIV. ad Edictum* hanc sententiam dixit: *Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an EXHEREDATUS PARTEM FACIAT, qui non queritur: ut puta, sumus duo filii exheredati? et UTIQUE FACIET, ut PAPINIANVS respondit. Etsi non tam facile est, ex verbis VLPIANI constituere speciem, quam hic ex PAPINIANI responso decidit, cum circumstantiae facti eius, de quo consultus fuit PAPINIANVS, nos fugiant ⁹⁰), tamen, si quid coniecturae dandum, haec fuisse vide-*

H 5 de.

accrescendi gaudere: ius enim accrescendi non nisi inter coheredes coniunctos obtinet, i. e. ad eandem hereditatem siue legitimam, siue testamentariam, pariter vocatos. Vid. *Luc. van de POLL de exheredatione et praeterit. Rom. atque hodierna lib. sing. Ultraj. 1712. Cap. LXV. §. 3. p. 494. STRUV in Syntagm. I. C. Exerc. X. th. 32. n. 3.*

⁸⁹) *L. 8. §. 8. D. de inoff. testam.*

⁹⁰) Quantum momentum in facti specie, legis verbis sententiaeque apta, ad verum legis sensum eruendum, positum sit; quam difficile tamen saepenumero sit, eandem ex legis verbis conicere, exemplis demonstrant ECKHARDVS in *Hermeneutica iuris Lib. I. cap. V. §. 194. sqq. et §. 221.*

detur: Titius, duos cum reliquisset filios, instituerat heredem Maeuiam, at filium exheredauerat vtrumque, alteri tamen legatum reliquerat, et, vt videtur, tantum, quantum sufficiebat ad legitimam portionem, quae VLP IANI tempore erat quarta portionis ab intestato debitae; alteri vero nihil; quid sit? alter filius de inofficioso queritur, et is quidem, cui prospexerat pater, alter non queritur: quare non queratur, pisces hoc citius loquantur, quam mortuus iam tot ante secula Iurisconsultus: siue repudiauit querelam, siue queri non ausus est, probe siquidem conscius sibi, quantopere in patrem fuerit impius; vt solent.

— *Quos diri conscia facti*

*Mens habet attonitos, et surdo verberè caedit
Occultum, quatiente animo tortore, flagellum.*

Ambigebatur, quanta debeat esse querentis quarta, vt excludatur querela, vtrum quarta assis an semissis? Fac enim patrem in bonis reliquisse MCC. solidor. legitima inter duos diuidenda eo tempore confecit ccc. Querens suam inde habuit partem vsque ad CL. qua parte ipsi satisfecerat testator, sed quia secundus non querebatur, integram sibi debe-

deberi legitimam ratus est, i. e. quartam assis. Quid hic *VLP IANVS*? respondit contra filium querentem nimis auidum, dixitque, contentum eum esse debere quarta debitae ab intestato portionis, ergo *quarta semissis*, qui solus eius foret, si vna cum fratre ex lege esset ab intestato heres; ad quam quidem quartam *CL. Solidor.* quantum ei legatum esset, (singulari enim titulo legitimam olim relinqui potuisse, constat ⁹¹) sufficerent. Ratio est, quod in computatione huius quartae partem ei faciat alter fratrum, qui questus non est; qui perinde accipitur, ac si partem suam ita haberet, ut ex ea nihil iure ad alium peruenire possit. Cessat igitur ex *VLP IANI* sententia ius accrescendi in legitima ⁹²). Nulla enim hic coniunctio inter exhe-

⁹¹) §. ult. *I. de inoff. testam. Nov. XVIII.*
cap. 1.

⁹²) Ita quoque *VLP IANVM* intelligunt van
de POLL c. l. cap. *LXV.* §. 3. p. 492. Ger.
NOODT in *Comm. ad Pandect. tit. de inoff.*
testam. Tom. II. Oper. pag. 170. Henr. COC-
CEII in *Diss. de liberis, qui partem et nu-*
merum faciunt Sect. III. *EIVSDEM* filius
Sam. a COCCII in *Iure Controv. Tit. de*
inoff. testam. Qu. XVIII, Celeb. Ern. Christ.
WEST.

exheredatum, prioremque, cui relicta legitima⁹³). Si adhuc haesitas, exheredatum in computatione ac diuisione legitimae partem facere his, quibus ea debetur, adiicio id, te, nisi exheredatum in numero haberes, illud absurdi effecturum, vt legitima eorum portio, quibus est relicta, ipsa quandoque portione ab intestato debita sit maior. Cogita enim ex quatuor filiis, quos reliquit defunctus paterfamilias, tres esse exheredatos, vnum in legitima institutum, hic, nisi exheredatorum rationem habeas, legitima filii
grati

WESTPHAL in Diss. *de iure accrescendi inter coheredes* Halae 1761. Cap. IV. §. 22. et alii.

⁹³) Alia quaestio est, an *exheredatus partem faciat in querela inofficiosi*? vtputa sumus duo filii exheredati, neutri relicta legitima, quid si testamentum patris dicam inofficiosum, frater autem non accedat ad inofficiosi querelam, num vniuersam possem hereditatem, an solum dimidiam petere? Quatenus igitur portio non querentis accrescit querenti? Decisionem huius quaestionis, cum nostrae disputationis non sit, lubens praetereo, remittens lectores ad COCCÉIVM vtrumque cit. locis. *De iure accrescendi in querela inofficiosi* egregie quaque disputauit Lucas van de POLL libro alleg. Cap. LXXVIII. p. 600.

grati portio erit triens, cum ex lege tantum quadrans eius fuisset, si pater intestatus esset mortuus. Quodsi tamen is, qui a legitima exclusus est, ne quidem ab intestato fuisset successurus, cum partem haud facere iis, quibus portio legitima debetur, certum est ⁹⁴).

§. XIV.

Prioris argumenti continuatio.

Peruenio ad alteram quaestionem, quomodo, si adsint nepotes, aut ascendentes et paternae et maternae lineae remotiores, quomodo, inquam, inter eos sit diuidenda legitima, quae illis debetur, portio? neque hoc in casu legitimam *collectiue* computari, neque, quod IUSTINIANVS in hac constitutione ait, diuidi *aequaliter* posse, vel ex hoc intelligitur, quod et ab intestato illi in capita haud succedant. Quum enim certissim-

⁹⁴) Dari omnino eiusmodi causas, quae exheredatum etiam a successione ab intestato excludunt, probat intuitu exheredationis liberorum Nov. CXV. cap. III. §. 9. 12. et 14. iuncta L. 19. D. de his, quae ut indignis; intuitu parentum, Nov. cit. Cap. IV. §. 4. 6. 7. et 8. intuitu fratrum denique Nov. XXII. cap. 47.

tissimum iuris principium sit, legitimam portionem semper portionis tantum ab intestato debitae partem esse, sequitur, in diuisione eius et stirpium et linearum rationem eatenus quoque seruandam esse, quatenus ii, quibus legitima debetur, ab intestato etiam vel in stirpes vel in lineas successissent. Confirmat idem *VLPIANVS* ⁹⁵⁾, qui eleganter ita; *Si sint*, inquit, *ex duobus filiis nepotes: ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum, SESCUN CIA, unum ex illis, SEMVN CIA querela excludit.* Loquitur *VLPIANVS* de diuidenda inter nepotes quarta, ut tunc temporis erat, legitima, eamque, aequae ac hereditatem ab intestato debitam, in stirpes diutribuendam censet. Si igitur auus ab intestato decessit, ex duobus filiis praemortuis nepotes illos, quos designauit *VLPIANVS*, relinquens, diuisa fuisset hereditas in duos semisses, et nepos quidem vnicus, ex altero filio superstes, vnum semissem, tres vero ex altero filio relictī nepotes omnes simul alterum semissem abstulissent, eum quem parens eorum, si viueret, habiturus esset, ita ut cuius eorum ab intestato cederet sextans hereditatis. Quarta semissis nepoti vnico ab inte-

⁹⁵⁾ *L. 8. §. 8. in fine D. de inoff. testam.*

intestato debiti est eius portio legitima, quarta autem semissis est *fescuncia*, nam ita *VLP IANI* tempore computabatur legitima portio, vnde illum *fescuncia* a querela excludit. Sextantis autem quarta pars est *semuncia*; vnde planum, cur nepotum ex altero filio trium quemuis *semuncia* excludat. En igitur ad verbum nostra repetita principia, et licet Nouellarum iure in ista specie legitima portio triens sit, cum tamen iure nouo eodem modo diuidendum esse, sine haesitatione affirmare licet. Nam, vt eleganter obseruauit *Franc. BALDVINVS* ⁹⁶⁾, etsi quantitas legitimae mutata sit: mutata tamen non est ratio proportioque ipsius diuisionis.

Eadem vero successionis ab intestato proportio seruanda denique est in computanda legitima portione parentum, si de diuisione eius inter ascendentes et lineae paternae et maternae remotiores quaestio est. Quum enim inter omnes constet, iure nouissimo, si soli remotiores adsint ascendentes, diuersae quidem lineae, sed eiusdem gradus, defuncti nepotis hereditatem ab intesta-

⁹⁶⁾ in *Iustiniano s. de iure nouo Commentar.*
Lib. IV. ad Nov. 18. pag. 414.

testato ita inter eos diuidi, vt vna dimidia lineae paternae altera dimidia maternae cedat ⁹⁷⁾, licet in vtraque linea ascendentes dispari existant numero, quae successio ab aliis *in lineas*, ab aliis *in genera* ⁹⁸⁾ vocatur, ex nostro, quod semel stabilimus, principio efficitur, in computatione legitimae ascendentium portionis ad diuersas eorum lineas respectum omnino habendum esse, quatenus iidem ab intestato in lineas succedunt ⁹⁹⁾.

Ex

⁹⁷⁾ *Nov. CXVIII. cap. 2. verb. Si in eodem gradu sint, aequaliter inter eos hereditas dividetur, vt dimidiam partem omnes paterni ascendentes, quotcunque illi sint, accipiant, reliquam vero dimidiam ascendentes materni, quotcunque eos inueniri contigerit, vt in HOMBERGIANA legitur.*

⁹⁸⁾ *Guil. RANCHINVS in Tract. de Success. ab intest. Cap. III. §. 10. Io. STRAVCH de Successionibus ab intest. Disp. IV. §. 6. et III. KOCH de Succ. ab intest. civ. Sect. I. §. 13. et Sect. II. Cl. II. §. 45.*

⁹⁹⁾ *Consentit mecum Geb. Christ. BASTINELLER in Diss. II. de usu theoret. et pract. quaestionis: quatenus filius iuste exheredat, in computat. legitimae inter liberos connumerandus sit nec ne? §. XLV.*

Ex quo intelligitur, non semper *aequaliter* legitimam portionem diuidi posse inter eos, quibus illa debetur, sed catenus tantum, quatenus hereditas in casu intestati aequaliter inter eos diuisa fuisset, id quod et rationi Nouellae nostrae consentaneum est, quae in iis, quae supra descripsi verbis, de liberis primi gradus loquitur, quos ab intestato quoque in capita succedere, cognitum cuique perspectumque est. E contrario vero distributiva, non collectiua, obtinebit computatio, I) quotiescunque aliquis eodem ordine et gradu ab intestato successurus, legitima exclusus cernitur; et II) quotiescunque ii, quibus legitima debetur, non in capita, sed in stirpes, vel in lineas ab intestato successissent. His in casibus dicendum est, quod IVSTINIANVS ipse alibi ¹⁰⁰⁾ dixit: legitimam portionem *PRO RATA* iis distribui; i. e. pro ea proportionem, qua ab intestato succederetur. Caeterum in legitimae ratione ineunda licet omnes, qui ab intestato successuri essent, partem faciant, tamen non omnes eos partem ferre semper oportere, ex iis, quae prolixè disputauimus, vnusquisque facile perspiciet.

§. XV.

¹⁰⁰⁾ §. 6. in fine I. de inoff. testam.

ad Novell. 1. de inoff. testam.

§. XV.

Legitimae portionis augmentum ex mente Nov. XVIII. c. 1. ad parentes quoque pertinet.

Sequuntur vltima *capitis I.* Nouellae nostrae verba, quae in veteri, quam VVI. G. A. T. A. M. appellant, versione ita leguntur, *boc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est*; in Greg. HALO ANDRI autem versione ita audiunt: *boc eodem obtinente in omnibus omnino personis, quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus attributa fuit.* Magna contentione ac strepitu inter Interpretes super istorum verborum intellectu disceptatum quondam fuit, ad quasnam nimirum illa personas pertinerent. Fuere quidam, qui vitima haec verba ad solos restrinxerunt liberos, iisque diuersas eorum personas designari, videlicet filios, nepotes, pronepotes, posthumos omnes, tum in paterna, tum in materna linea, existimauerunt. Qui ita sibi persuaferunt, parentes igitur ab illo legitimae incremento penitus excludunt. Familiam quasi ducunt VAVDVS atque BATTANDIERIVS¹⁾, le-
cuti

¹⁾ locis iam supra not. 2. §. I. allegatis.

cuti sunt Bernh. SVTHOLTYS ²⁾ Arnoldus VINNIVS ³⁾ et alii. Verum enim vero isti viri docti quantum a recta aberrauerint via, et alii iam ostenderunt ⁴⁾, et ipse paucis ostendam. Argumentis vtuntur potissimum tribus. Primum ab inscriptione Nouellae XVIII. peti- tum est, quam ita esse conceptam dicunt, vt de triente et semisse et successionibus filiorum lo- quatur, parentum autem ne verbo quidem mentionem faciat. Sed vide, quam ficulneum istud argumentum sit! quem praeterit, quaeso, inscriptionum Nouellis additarum auctoritatem adeo esse nullam, vt in magno profecto errore versaretur, qui ex hoc fonte ipsam Nouel- lae cuiusdam interpretationem haurire vellet, cum authenticae illae non sint, et IVSTI-

in Nouellis

I 2

NIA-

²⁾ in *Dissertat. vndeuginti, quibus vniuers. ius Institutionum ex principiis explicatur* Diff. IX. §. 33 pag. 201.

³⁾ in *Commentar. ad §. 3. I. de inoff. testam.* num. 2.

⁴⁾ Vid. Luc. van de POLL de *exheredat. et praeterit. Rom.* Cap. LXIV. §. 8. pag. 484. Ger. NOODT in *Comm. ad Pandect. Tit. de inoff. testam.* pag. 173. Henr. WAGNER in *Diatr. in qua demonstratur, parentum port. legitimam totius hereditatis trientem esse.* Cap. II.

NIANVM auctorem non habeant ⁵). Alterum illorum argumentum est, quod et de filiis tantum ipsa loquatur IUSTINIANI constitutio; et postea quoque in Nov. XCII. in praef. et Nov. XXXIX. cap. I. ubi Imperator augmenti legitimae mentionem habet, de liberis solum, de parentibus vero ne verbulo quidquam dictum inueniatur. Sed haec quoque ratio facile potest confutari. Quamuis enim IUSTINIANVS expresse de filiis solum loquatur, neque, liberorum fauorem constitutioni dedisse causam, diffiteri velim, tamen, qui attente Nouellae nostrae cap. I. perlegerit, facile sibi persuadebit, et parentum quoque portionem legitimam esse adauctam. Certe nullum dubitationi locum relinquit IUSTINIANVS, qui, posteaquam de liberis dixit, aperte proficitur, in omnibus idem ius obseruari oportere personis, quibus et olim quartae legitimae nomine de inefficioso querela legibus attributa fuit; quod plus est profecto, quam in omnibus liberis. Restant et alii, in primis parentes, quibus iam olim, VLPIANO teste ⁶), non minus quam libe-

⁵) Ill. ZEPERNICKII *Diff. I. de testamenti destituti viribus*. §. XLIII. not. X. p. 79.

⁶) in *L. 1. D. inoff. testamen.*

liberis de inofficioso disputare licuit. Neque vero dissentientes quidquam iuuat, quod in *Nov. XCII.* et *XXXIX.* liberorum solum mentio sit facta; illic enim de alio quam liberorum iure constituere visum haud est Imperatori, atque proinde augmenti tantum legitimae liberorum mentionem habuit, non ut hac ratione parentes ab hoc incremento excluderentur, sed ideo, quia sese accommodauit ad factum Imperator, nimirum, ut eo, de quo *Nov. XCII.* loquitur, utar, ad immensas donationes in filios factos. Et eodem quoque modo secundum subiectam materiam altera debet accipi *Nov. XXXIX.* Accedit denique, similem clausulam, quam *IUSTINIANVS* hic capiti *I. Nov. XVIII.* adpersit, alibi quoque inueniri. Ita enim constitutionem, qua de legitimae portionis repletione fanciuit, iisdem fere verbis finit ⁷⁾: *Quae omnis sanctio suas radices extendat non solum ad filium vel filiam, sed etiam ad omnes personas, quae de inofficioso querelam contra mortuorum ultima elogia possunt mouere; quam quidem ad parentes quoque pertinere, qui negauerit, inuenio omnino neminem.* Ultimum denique Aduersariorum argumentum est, quod

I 3 plane

⁷⁾ *L. 35. §. 3. Cod. de inoff. testam.*

plane diuersa in parentibus quam in liberis ratio sit. Illis enim non deberi filiorum hereditatem propter votum parentum et naturalem erga liberos charitatem ⁸⁾; liberos autem naturae simul et parentum commune votum ad bona illorum admittere ⁹⁾. Non quadrare denique in rationem scopumque constituentis legitimae parentum accessionem. Causam enim, quare IUSTINIANVS liberorum auxerit legitimam, esse, ne ii, propter plurium eorundem concursum, ad inopiam forte redigantur, id quod facile fieri possit, si illis, vt olim, tantum deberetur quarta pars portionis ab intestato debitae; quam rationem locum sibi non vindicare in parentibus: per naturam enim fieri non posse, vt tot ascendentes concurrant ad diuisionem legitimae, quot concurrere possunt liberi: merito ergo Nouellam XVIII. accipiendam tantum de liberis esse, non de parentibus, quia in iis eadem non sit ratio; vbi autem cessat ratio legis, ibi omnino etiam cessare legis dispositionem. Sed ne isto quidem argumento quidquam efficiunt ii, qui a nobis dissentunt,

⁸⁾ *L. 15. pr. D. de inoff. testam.*

⁹⁾ *L. 7. in fine D. si tabulae testamenti nullae.*

tiunt, cuius vanitas non potest non cuilibet statim incurrere in oculos, si perpendat, nos augmentum illud, quod legitimae parentum portioni vindicamus, nequaquam probare per extensionem Nouellae XVIII. ex paritate rationis, sed per ipsam eius expressam sanctionem, quae habetur in verbis finalibus capitis primi supra adductis, ad quam quidem subuertendam nihil quidquam valere id, quod a Dissidentibus propositum est, argumentum, ex eo patet, quod non ex ratione sed ex sola constituentis voluntate suam lex accipiat obligationem ¹⁰). Deinde vero non perspicio, quare non eadem in parentibus, quae in liberis, locum habeat ratio. Quamuis enim omnino parentum erga liberos charitas vincat amorem liberorum erga parentes, ideoque non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum, debeatur hereditas; turbato tamen mortalitatis ordine non minus parentibus, quam liberis pie relinqui oportere, ipse confitetur ¹¹) PAPINIANVS. Neque

I. 4. denique

¹⁰) Vid. Iac. VOORDA in *Interpret. et emendat. iur. Rom.* cap. I. ubi de cauto illius regulae usu, cessare legem, ubi eius cessat ratio, erudite eleganterque exposuit.

¹¹) I. 15. pr. D. de inoff. testam.

denique negari potest, quin plurium ascendentium concursus omnino fieri queat, ut ita quoque in parentibus ratio ab Imperatore in praefat. Nov. XVIII. adducta militet.

§. XVI.

Continuatur.

Stet itaque sententia, Imperatorem in verbis capitis primi finalibus id, quod in Nouella ipsa de liberis eorumque legitima portione fanciuit, in parentibus quoque, et caeteris personis, quibus iam antiquiori iure in casu iniquae exheredationis inofficiosi querela competiit, velle obseruari. Quae etsi Gracorum quoque est interpretatio, ut ex HARMENOPVLO et Scholiaste Basilicorum probauit Franc. BALDVINVS ¹²⁾ tamen, ne quid supersit scrupuli, ipsum IVSTINIANVM, optimum sui interpretem, in medium proferamus, is qui alibi ¹³⁾ de successione naturalium liberorum fanciens, ita loquitur: Si vero habeant hi, quos praediximus, aliquos ascendentium: LEGITIMAM eis reclinquant PARTEM, quam LEX ET NOS CONSTITVIMVS:

¹²⁾ in *Iustiniano* Lib. IV. pag. 416.

¹³⁾ Nov. LXXXVIII. cap. XII. §. 3.

MVS: reliquum vero cum ad liberos naturales transmittendi licentiam habeant. Quibus ex verbis, portionem legitimam parentum a IUSTINIANO esse omnino auctam, eo luculentius apparet, quo certius est, Imperatori, si ius antiquum in parentibus obtinere voluisset; sui mentionem facere, prorsus non fuisse opus. Respicere autem Imperatorem ad Nouellam nostram XVIII., eaque, quae praecedenti §pho adduxi, verba capitis primi vltima, de ea re nulla plane est dubitatio. Et ista quidem sententia vti celeberrimorum Ictorum suffragio munita est, ita quoque eam usu fori comprobari, iidem testantur¹⁴⁾.

I. 5. §. XVII.

- ¹⁴⁾ Horum in numero sunt Iac. CUIACIUS ad Nov. XVIII. Petr. GUDLINUS in Commentar. de iure nouissimo Lib. II. cap. 7. pag. 69. Cour. RITTERSHUISIUS in Iure Iustinian. s. Exposit. Nouellar. P. VI. cap. 4. n. 10. FACHINAEVS in Controuersiar. opere Lib. IV. c. 28. Sam. de COCCII in iure civ. controu. Lib. V. Tit. 2. Qu. 28. Io. VORTIUS in Commentar. ad Pandect. Tom. I. Tit. de inoff. testam. §. 46. Io. Ortew. WESTENBERG de portione legitima Diss. III. Cap. 3. §. 15. sq. Ger. NOODT in Comm. ad Pandect. Tit. de inoff. testam. T. II. Op. p. 173. Car. Frid. WALCHIVS in Controu. iur.

§. XVII.

Portio parentum legitima quanta iure nouissimo sit, utrum triens an semis? Sententia nostra. Variæ visiones distinguuntur.

Quodsi vero, augmentum portionis legitimæ, *Nov. XVIII. cap. I.* introductum, ex voluntate *IUSTINIANI* in ascendentibus quoque obseruari oportere, effecimus; quaestio, quæ nos iam occupabit, duplex oritur, quarum altera est, *utrum legitima parentum iure hoc nouissimo semper triens sit, an vero et ea semissis augmentum, ut illa, quæ liberis debetur, attingere queat?* altera: *an ea sit triens vel semis totius hereditatis, an vero portionis solum eius, quam parentes ab intestato fuissent habituri?* Quam diuersæ ea in re hominum iuris peritorum sint sententiæ, supra iam diximus. (§. I.) Etsi vero res haud nullius momenti sit, iudicare, quænam optima sit ex his sententiis, et cui iure dicas: tu mihi sola places; equidem tamen, ob ea, quæ in antecedentibus stabiliui, principia a vero haud aberraturum me esse confido, si eorum in sententiam discedam, qui portionem parentum legitimam

por-

iur. civ. Sect. II. Cap. IV. membro 2. §. 3. et alii complures.

portionem tantum hereditatis ab intestato debitae, adeoque eam pro numero personarum ab intestato succedentium, et pro modo legitimae successionis vel in triente vel in semisse constituendam esse existimant. Quo posito, singulatim nunc diuersi, qui cogitari possunt, casus considerandi veniunt. Sunt autem in determinanda portione parentum legitima duae inprimis species a se inuicem distinguendae, parentes enim vel soli adsunt, vel cum aliis concurrunt, qui, etsi legitimae petendae iure non gaudeant, aequali tamen ab intestato succedendi iure sunt instructi, utpote fratres sororesque defuncti bilaterales ¹⁵). Primum de illo, deinde vero de hoc casu agam. Si nimirum soli adsunt parentes, rursus distinguendum est, utrum primi gradus, an soli remotioris gradus ascendentes adsint. In casu priori parentum legitima semper est *tertia pars hereditatis ab intestato debitae*;

¹⁵) Etsi enim fratres quoque eo in casu, si turpis persona iis est praelata, iure petendi legitimam gaudeant, eos tamen, si parentes sunt superstites, ab eius petitione arceri, supra §. VI. demonstrauius, licet hi, si ex utroque parente defuncto sint coniuncti, cum illis eodem ordine ad successionem ab intestato vocentur. *Nov. CXVIII. c. 2. et 3.*

bitae; cum praeter eos nullus sit, qui eodem cum iis ordine ab intestato fuisset successurus et per naturam fieri non possit, ut, si soli parentes primi gradus, adsint, tot numerentur personae, quot ad semissem sufficiunt. Si vero quaestio iam est, quae sit in computando isto triente ratio ineunda, sequenti modo distinguendum esse videtur, vel parens uterque legitimam, quae cuique relicta est, portionem ipsam accipit; vel non, sed eorum tantum unus, altero ab ea, quae sibi debetur, portione siue ex voluntate, siue ex necessitate excluso; priori in casu perinde est, utrum collectivae an distributivae legitimam parentum computes, cum in utroque casu unam eandemque portionem accipiant, nisi quod, *collectivae* si computes, legitima parentibus debita sit tertia pars hereditatis totius ab intestato iis debitae, inter utrumque aequaliter diuidenda; si *distributivae*, legitima cuiuslibet portio sit pars portionis ab intestato cuilibet debitae. In casu autem posteriori, si scilicet unus parentum legitimam portionem tantum accipiat, excluso altero, iterum omnino distinguendum esse puto, utrum exclusus ab intestato fuisset successurus, nec ne; illo in casu, cum exclusus in

calcu-

calculo legitimæ ineundo partem omnino faciat, (§. XIII.) distributiva computatio est adhibenda; hoc vero casu legitima vnius parentis portio est tertia pars hereditatis, quam is fuisset accepturus, si ab intestato successisset ¹⁷).

§. XVIII.

Quanta sit legitima parentum portio, si soli remotioris gradus ascendentes adsunt.

Altera dilucidanda iam venit visio, quanta nimirum legitima parentum portio sit, si soli remotioris gradus ascendentes adsunt? Plerique Ictorum in hoc quoque casu parentum legitimam esse trientem statuunt, propterea quod ultra quatuor ascendentes, qui eiusdem sint gradus, concurrere numquam possint. Sed alii distinguunt, utrum ascendentes secundi, an vero tertii gradus sint. In secundo quidem gradu talem non deprehendi ascendentium numerum, qui ad semissis augmentum desideratur, concedunt, fieri tamen posse, ut talis maior numerus in tertio gradu deprehendatur. (vid. §. I. pag. 5. sq. eiusq. not. 7.) Etsi enim raro qui-

dem

¹⁷) Vid. Aug. Wilh. MEYERI saepius alleg. Dissert. §. XVIII.

dem eiusmodi contingat casus, posse tamen contingere, ex eo cognosci putant, quod homines possint C. annos et ultra viuere, ut probant exempla, plurimis notata ¹⁸⁾, nec ipsis legibus incognita ¹⁹⁾. Ut adeo casus talis neque negandus neque omnino negligendus sit, cum et de raris et insolitis non semel sollicitos fuisse et Legislatores et ICtos, iuris ciuilibus libri vndique comprobent ²⁰⁾. Ego vero hac in re aliter sentio. Neque maiorem triente eius, quod ab intestato habituri fuissent, partem assignandam iis esse putauerim,

¹⁸⁾ Vid. VALER. MAXIMVS *Lib. VIII. c. 13.*
 PLINIUS in *Hist. Natur. Lib. VII. c. 48.*
 TREBELLIVS POLLIO in *Claudio c. 2.*

¹⁹⁾ L. 56. D. de usufr. L. 8. D. de usu et usufr. legat. L. 23. Cod. de SS. Eccles. Quin et ipse Imp. IUSTINIANVS notabile exemplum alicuius, qui CXX. annos vixit, memorat, *Nov. V. cap. 2. §. 1.* Quod nobis, ait, nuper ex Lycia nunciauit Zosimus, Vir Dei amantissimus, in exercitatione celebris, quique annum prope aetatis centesimum et vigesimum agit, et tam animi virtutibus, quam corporis viribus floret.

²⁰⁾ Vid. L. 3. D. si pars hered. pet. L. 36. D. de solut. L. 14. D. de statu hom. L. 9. §. 1. L. 22. L. 23. D. de reb. aub. §. 22. I. de rer. diuis.

uerim, si vel plures quam quinque ex vtraque tam paterna quam materna linea ascendentes sint superstites. Quod ne temere cuiquam persuasisse videar, sententiam meam idoneis cuicam rationibus. Primum iam supra (§. XIV.) demonstraui, distributionem legitimae, cum sit portio portionis ab intestato, eo fieri oportere modo, quo sine testamento inter eos, quibus ea debetur, diuisa fuisset hereditas, adeo vt sicuti inter nepotes *stirpium*, ita inter ascendentes remotiores *linearum* habenda sit ratio ²¹). Cui consequens est, vt, cum semel cuilibet ascendentium lineae sua portio, nimirum dimidia hereditatis pars ab intestato assignata sit, quotcunque illi in quavis linea sint ²²), semper tantum pro numero linearum, non capitum, definienda sit legitima ascendentium remotiorum portio. Deinde vero absurdum fore, si non esset

²¹) Quoad legitimam nepotum portionem, pro numero *stirpium* computandam, adstipulantur *Petr. GVDOLINVS in Commentar. de iure nouissimo* Lib. II. cap. 7. pag. 69. *Io. VOETIVS in Commentar. ad Dig. Lib. V. tit. 2. §. 48.* et *Io. Ortow. WESTENBERG de portione legitima* Diff. III. Cap. 3. §. 3.

²²) *Nov. CXVIII. c. 2.*

esset, si pronepos, qui proximioribus suis parentibus trientem dando potuisset defungi, et de reliqua hereditate suo disponere arbitrato, ob interuenientem illorum mortem, remotioribus cogeretur maiorem relinquere portionem, qui a defunctis, si superuixissent, triente iisdem relicto, fuissent exclusi. Neque his obstat, quod IUSTINIANVS pro numero personarum, quibus legitima debetur, eam vel trientem vel semissem esse velit; propterea quod si plures quam quatuor concurrant, singulorum portiones nimium extenuentur. Imperator enim in Nov. XVIII, expresse tantum de legitima liberorum primi gradus constituit, quam cum pro numero eorum trientem vel semissem esse iusserit, legitima omnino consequentia ex eo inferre licet, eundem quoque filiorum numerum ineundum esse in determinanda nepotum legitima, adeo ut si v. gr. nepotes ex duobus filiis praemortuis nati vel quaternarium numerum multo superent, eorum tamen legitima nihilominus triens sit ²³). Quae quidem computationis ratio cum naturae legitimae, quae iure nouissimo triens vel semis portionis

²³) Secus sentientes egregie refellit Io. VON E-
TIVS l. c. §. 48. circa fin.

nis ab intestato debitae est, conueniat, quominus in parentibus obseruetur, equidem sane non perspicio.

§. XIX.

De parentum legitima. si cum talibus concurrunt, qui aequali ab intestato succedendi iure gaudent.

Variae species distinguuntur.

Quodsi autem parentes soli non sint, sed cum aliis concurrant personis, quae aequali ab intestato succedendi iure gaudent, quomodo tunc computanda, quantaque erit legitima parentum portio? Ad istam quaestionem responsurus versor omnino in re difficili ac multum et saepe quaesita, dicam tamen, quid sentiam, idque quò magis a me fiat, varias, quae cogitari possunt, species secernam. Quando scilicet parentes non soli adsunt, vel cum fratribus aut sororibus ex utroque parente defuncto coniunctis concurrunt, vel cum coniuge defuncti superstite. Fac esse prius, vel fratres sunt praeteriti, vel instituti; in casu priori iterum distinguere licet, utrum turpis persona, an vero honesta in testamento instituta sit. Si prius, vel praeteritio fratris aut fratrum ob talem causam facta est, quae in testamento

K

prae-

practeritum, etiam nullo testamento facto, indignum faceret hereditate, vel causa talis non subest. En varias species, nunc, quid de qualibet sentiendum, videamus.

§. XX.

Casus I, si parentes concurrunt cum fratribus defuncti bilateralibus in testamento institutis.

Finge igitur superstitem defuncto patrem, finge duos vel tres, qui ex utroque parente defuncto coniuncti sunt, fratres, finge patrem ex legitima, ex reliquis bonis fratres binos heredes esse scriptos. Quanta nunc erit, quae patri debetur, legitima portio? num triens totius hereditatis, an triens tantum portionis, quam ab intestato habiturus esset pater? Ego posterius statuendum puto ex natura Legitimae. Cum enim legitima sit portio portionis ab intestato debitae, ut primo determinetur portio illa, quam ab intestato habiturus fuisset pater, necessarium videtur, quo facto huius portionis vel tertia, vel dimidia pars est ipsa legitima, prout quatuor aut pauciores, vel plures quam quatuor fratres adsint, qui cum patre ad successionem ab intestato eodem ordine vocantur.

tur. Fratres igitur, heredes in vniuersum ius instituti, partem facient patri in computanda, quae ei debetur, legitima portione, nisi absurdum statuere velis, portionem, quae legitima vocatur, cum portione, quae ab intestato debetur, hereditaria aut eandem esse, aut illa ampliorem. Ponam enim duos fratres a fratre defuncto heredes esse scriptos, patre instituto in legitima portione. Hic patri ab intestato obuennisse hereditatis trientem, haud dubium est, cum in capita fuisset successurus cum binis defuncti fratribus. Si igitur testator in aere habuit tria millia Florenor., singulorum portio ab intestato est M. Flor. Et eadem quoque legitima patris esset portio, si fratres institutos partem haud facere putares. Sed falso sane. Trientis illius, qui ab intestato patri obuenniturus fuisset, tertia pars est portio eius legitima, ergo pater laesus non est in legitima, cum CCCXXXIII. Flor. 20. kr. habeat. Fac porro eundem patrem familias tres germanos reliquisse fratres, quos heredes fecit, relicta patri legitima. Portio ab intestato singulis debita, erit DCCL. Flor. Iam si patri dares trientem hereditatis totius, legitima eius portio esset M. Floren. ergo am-

K 2 plior,

prior, quam portio eiusdem hereditaria ab intestato fuisset. En quale monstrum fingeres,

*horrendum, informe, ingens, cui lumen
ademptum.*

Quid enim? nonne ita sane eueniret, vt imputetur patrifamilias, cur intestatus non decesserit, sic vt in alia causa respondit *VLPRIANVS* ²⁴). Quod quam absurdum sit, nemo non videt. Quemadmodum vero fratres instituti in constituenda parentum legitima ex mea sententia partem faciunt, ita quoque eosdem facere numerum, persuasum mihi habeo. Quodsi igitur tot ex fratribus, heredibus scriptis, adesse cogitas, vt, cum parentibus computati, numerum quinarium aut compleant aut superent, portionem parentum legitimam non trientem sed semissem esse portionis ab intestato iis debitae, iure meo statuo. Neque, quod fratribus his nulla debeatur legitima, quidquam ad rem facit, quoniam, vt eleganter obseruauit *Ant. FABER* ²⁵) in ponenda legitimae ratione, non

²⁴) *L. 6. pr. D. de inoff. testam.*

²⁵) *De Erroribus Pragmaticor. et Interpret. iur. P. I. Decad. XV. Err. 4. pag. 359. (Edit. Lugd. de a. 1605. 8.)*

non qui in legitimae petitione concurrant nec ne, inspiciendum est, sed quis in successione intestati concursurus esset, si ab intestato succederetur. Et illud quoque rationi Nouellae XVIII. quam maxime conuenire facile demonstrari potest. Nam eam haud dubie ob causam aucta fuit a IVSTINIANO legitima heredum necessariorum portio, quia, quo plures sunt personae, quae in quantitate eius constituenda concurrunt, eo minores fiant partes singulorum, quibus legitima debetur. Naturae igitur et aequitati consentaneum visum est, ut eo maior quoque summa legitimae deputaretur portioni. Ex quo indubitanter consequitur, ut sicuti fratres sororesque defuncti bilaterales in computatione legitimae portionis parentum partem faciant ad eam diminuendam, ita et rationi congruat, ut numerum faciant ad eam augendam, si forte, cum parentibus numerati, quinque vel plures concurrerent, qui aequali ab intestato iure fuissent successuri ²⁶⁾.

K 3

§. XXI.

²⁶⁾ Consentit ea in re quoque mecum Consultissi. ROESLINS in den Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils 2 Stück. §. 14. et 15. quod mirum omnino est, cum
Eun.

§. XXI.

Casus II. proponitur, si sc. fratres germani sint praeteriti, et persona extranea eaque honesta instituta, parentibus solum legitima relictæ sit.

Ponamus vero, patremfamilias fratres germanos sororesque in suo praeteriisse testamento, atque, legitima parentibus relictæ, per-

Eundem, Legitimam iure Nouellarum esse partem hereditatis totius, non portionis ab intestato, statuentem, cognouimus. Quæres igitur, quid eam in sententiam illum induxerit? audias eum ipsum §. 14. ita argumentantem? weil man die Personen, welche bey dem Pflichttheil gezühlet werden sollen, nicht erst aus dem Testamente kennen lernen muss. Est istud sane, quod et ego idem statuo. Quid vero inde? Personas, quæ in computationem Legitimæ veniant, ex Lege esse cognoscendas. Est vt dicis. Sed Lex omnes computat, qui si defunctus sine testamento e vita migrasset, ab intestato fuissent successuri. Manet ergo, quod vel innitus nobis dare debes, Legitimam scilicet aestimandam esse extra testamenti causam secundum successionem ab intestato, omnesque, quos Lex eodem ordine cum iis, quibus legitima debetur portio, ad successionem ab intestato vocat, in
ratione

personam extraneam eamque honestam fecisse heredem. Quanta in isto casu erit legitima parentum portio? num in definienda ea fratres defuncti praeteritos in numero aut eos pro mortuis habendos esse existimabimus? Tres sunt eaeque diuersissimae ea in re Ictorum sententiae. Alii trientem totius substantiae relictæ parentibus Legitimæ nomine deberi contendunt, acsi fratres essent. nulli ²⁷). Alii contra fratres quidem praeteritos in computanda legitima portione parentum simpliciter pro mortuis non censeri,

K 4

quin

ratione eius incunda et partem facere et numerum. Vid. LAVTERBACH in Disp. de singulari fratrum iure. Membr. II. §. 24. GERSTLACHER in dem Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils §. 10. et 12. et complures alios, quos supra not. 5. et 6. Sphi I. in medium protuli.

²⁷) In hac sententia sunt Iac. CUIACIUS in Expositione Nouellar, ad Nov. 18. Math. Be- non. HERING in Diss. de computanda legitima matris in concursu cum germanis praeteritis. Rostochii 1746. Henr. WAGNER in saepius alleg. Diatr. in qua demonstratur, parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem esse. Marb. 1772. praecipue Cap. IV. pag. 17. et alii, quos habet not. 3. Sphi I. eiusque not. 6.

quin utique in fauorem heredis scripti cum in finem, ut diminuaturs legitima, connumerari debere existimant; atque adeo trientem non integrum sed portionis tantum ab intestato debitae parentibus legitimae loco tribuunt; neque tamen vero numerum fratrum adeo valere censent, ut inde portio parentum legitima augeri, atque forsan semis esse queat, quoniam, honesto herede instituto, de fratrum legitima prorsus nulla, de eorum persona autem non alia ad incundam legitimae portionis parentum computationem quaestio esse possit, nisi ut tanto minor illa sit, quia et ab intestato pars eorum hereditaria propter concursum fratrum minor fuisset. Si ergo, hoc enim exemplo utuntur, fratres sex praeteriti essent, honesto instituto herede, patrem, cui legitima relicta sit, habiturum esse trientem septimae partis, cum ab intestato habuisset, simul cum sex fratribus defuncti succedendo, septimam hereditatis portionem ²⁸). Alii deni-

que
²⁸) Ita placuit *Luc. van de POLL de exheredat. et praeteritione Rom. atque hodierna. Cap. LXIV. §. 13. Ant. FABRO de Errorib. Pragmaticor. P. I. Decad. XV. err. 4. et aliis, quos vide in not. 4. Sphi. I.*

K. 5. 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1. 1. mus

mus (§. XIII.) quae etsi expresse tantum de liberis loquantur, ad parentes tamen applicari posse, ideo maxime affirmare licet, quod parentes liberis et iure antiquo et Nouellarum iure quoad legitimae portionis ius acquirantur ²⁹). Quibus denique et hoc accedit, quod nisi fratres in computatione legitimae portionis parentum partem facerent, saepius futurum esset, ut plus haberent parentes pro legitima, quam plenissimo successionis ab intestato iure essent habituri. Pone enim casum, qui *Berolini* obuenit, quod quis uxorem instituerit heredem, utrumque vero parentem in legitima, praeterea octo reliquisse fratres eosque germanos, quos omisit. Quodsi fratres praeteritos in constituenda parentum legitima haud numerares, haberent isti tertiam totius hereditatis partem, cuius tamen non nisi decimam ab intestato consequi unusquisque posset. Quis autem unquam audiuit, ampliorem deberi legitimam, quam portionem ab intestato? Quam ob rem parentibus coniunctim in casu proposito decimam tantum propriae substantiae a testatore relictæ partem seu, quod idem est, dimidiam

portio-

²⁹) L. 1. L. 31. §. 1. D. de de inoff. testam. Nov. 118. cap. 1. in fin.

portionis ab intestato unicuique debitae, legitimae nomine deberi, per sententias tres conformas pronuntiatum est ³⁰). Ex quo quidem nouum sententiae nostrae robur accrescit, quod scilicet eam in praxi hodierna receptam esse videas, idquod etiam tot praecudicia vndique obuia satis confirmant ³¹). Quod vero de computatione fratrum bilateralium praeteritorum in aestimanda legitimae parentum quantitate dixi, idem valere quoque, si quis fratres germanos partim instituerit, partim omiserit, nullum mihi dubium est ³²). Cacte-

³⁰) Vid. *Beyträge zur iurist. Litteratur in den Preussisch. Staaten.* VIII. Saml. I. Abschn. Praejud. 3. p. 16. et 17.

³¹) Vid. *Consil. Tubingens.* Vol. I, Consil. XLVI, n. 25. sqq. WERNHER in *Observat. iur.* T. I. P. III. Obs. 82. n. 7. Tob. Iac. REINHART in *Select. Obs. ad Christinaei Decisiones* Vol. I. Obs. 54. p. 133. Aliter quandoque iudicatum fuisse obseruauit quidem Vlrich HUBERVS in *Praelect. iuris civ. ad Pandect.* Lib. V. Tit. 2. §. 14. sed improbat decisum ex rationibus in medium prolati.

³²) Vid. *Frid. Es. & PUFENDORF in Observat. iur. univ.* T. III. Obs. 171. p. 451, Ill. Ern. Christ. WESTPHAL in *Diss. de iure accrescendi inter coheredes* Cap. IV. §. XXII. p. 56. et Io. Sim.

Caeterum de eorum, qui a nobis dissentiunt, argumentis videbimus in Sectione III.

§. XXII.

Casus III. proponitur, si, turpi persona instituta, fratres germani sint praeteriti, parentes vero ex legitima portione scripti.

Tertia superest species iam contemplanda; Decedens nimirum personam extraneam, eamque turpem heredem instituit, parentes ex legitima portione, fratres autem germanos tres, quatuor, vel quinque pluresue, quotquot velis, praeteriit. Quaero, quanta iam sit parentum legitima? Isto in casu ecce eos, qui, si persona honesta instituta est, a nobis dissentiebant, suffragari nobis, quod fratres praeteriti numerum faciant in definienda legitimae portionis parentum quantitate, ita ut, si plures quam quatuor numerentur personae, semissem portionis ab intestato debitae parentibus concedi oporteat ³³).

At

Sim. Franc. de LICHTENSTEIN in Dissert. Giessae 1704. habita, quam Pentadem controversiarum de legitima parentum inscripsit.

³³) Vid. *Luc. van de POLL c. l. cap. LXIV. §. 13.*

At quo iuris fundamento? inquires, respondent isti, quia fratres ob dedecus heredis, iis antelati, iustam haberent querelae causam; idcirco quoque fratres ipsos in casu proposito vna cum parentibus ad legitimae partem admittendos esse putant, vt ab inofficiosi querela excludantur. Enimuero quantopere iidem errent, qui, si parentes sint superstites, fratribus germanis in eo casu, si persona turpis instituta est, legitimae portionis exigendae ius, et hac non relicta, querelam competere statuunt, quamque turpiter isti successionis ab intestato ordinem, cum ordine querelae commisceant, supra (§. VI.) demonstratum est. Eosdem vero hos, qui praedicto in casu fratres praeteritos vna cum parentibus in partem legitimae venire volunt, eodem in errore versari, quis est, quin videat? Nemo igitur, opinor, me reprehendet, si ab illorum ego sententia discedam. Sic mihi potius persuasi sic sentio, in casu proposito omne decisionis momentum in eo esse positum, vtrum praeteritio facta sit ex causa, quapropter, si frater intestatus decessisset, fratres eiusdem ingrati a legitima quoque successione fuisset.

fuiſſent excluſi ³⁴); vel non. In caſu quidem priori fratres illos germanos, qui et a teſtatore et a lege ſunt excluſi, in aeſtimanda legitimaie portioneis parentum quantitate perinde habendos eſſe pro mortuis et fere nullis ac monachos Franciſcanos, ut ingeniis luxuriantur Pragmatici apud HVBERVUM ³⁵), optimo iure contendo; in caſu autem poſteriori praeteritos a teſtatore ſolum fratres, quos ſi teſtamentum non excluderet, Lex ab inteſtato ad hereditatem admiſiſſet, in computanda parentum legitima connumerandos omnino eſſe, ex iis, quae in antecedentibus iam ſtabilita ſunt, principiis ſua ſponte

³⁴) Cauſas eiſmodi fraternae ingratitudinis definiuit IVSTINIANVS in Nov. XXII. cap. 47. cuius, HOMBERGIO quidem interprete haec verba ſunt: Quoniam autem fratribus multas inuicem contentiones eſſe ſcimus, cum ſolum ut ingratum erga fratrem in partem huius lacri venire non permittimus, qui vel vitae fratris inſidiatus eſt, vel criminis reum poſtulauit, vel, ut bonis eum priuaret, operam dedit. Illius enim pars ad reliquos fratres et matrem perueniat.

³⁵) in Praeleſt. iur. civ. ad Pandect. Lib. V. tit. 2. §. 14. pag. 218.

sponde fluit. Sed alia quaestio iam oritur, ad quem scilicet illae partes pertineant, quae fratribus, si praeteriti non fuissent, vel ex testamento vel ab intestato cessissent? Quid enim, num eas retinebit heres, an accrescent parentibus? equidem secundum heredem, utut persona turpis sit, sententiam dare nullus erubesco; primum enim constat, infamiam, etsi iuris sit, indignum tamen aliquem hereditate non reddere ³⁶⁾, et qui partem faciunt, ut fratres praeteriti in casu proposito; eos excludere ius accrescendi novimus ³⁷⁾ (§. XIII.)

§. XXIII.

Quae sit legitima parentum portio, si coniux defuncti superstes cum parentibus concurrat.

Postremo etiam contingere potest casus, ut cum parentibus, in legitima portione institutis, concurrat coniux defuncti superstes. Que.

³⁶⁾ Vid. a LEYSER in meditat. ad Pandect. Vol. VI. Spec. CCCXCVIII. med. 10.

³⁷⁾ L. 8. §. 8. D. de inoff. testam. L. 84. §. 8. D. de legat. 1. Vid. Ios. AVERANIUS in Interpretat. iuris Tom. II. Lib. IV. cap. 19. nr. 14. pag. 102.

Quemadmodum enim iam iure Romano nouissimo coniux superstes, si in egestate versatur, simul cum iis, qui defuncto sanguine iuncti sunt, siue descendentes, siue ascendentes, siue collaterales sint, ad successionem legitimam coniugis defuncti locupletis vocatur, et quidem, si plures sint, quam tres heredes, in portionem virilem; sin tres vel pauciores, in quartam, quam et pleno iure acquirit, si cum aliis, quam cum liberis ex se natis, concurrat ³⁸); ita et iure, quo hodie utimur, germanico ubique propemodum receptum est, ut coniuges sibi succedant ³⁹), si vel inopia haud laboret superstes,

³⁸) Vid. *Nov. LIII. c. 6. Nov. CXVII. c. 5. Auth. Praeterea Cod. unde vir et uxor. Add. Ill. КОЧИХ de success. ab intest. lib. §. 110. sqq. et Vlr. HUBERI Praelect. iur. civ. ad Institut. Lib. III. p. 257. sec. edit. Lud. MENCKENII Lips. 1707.*

³⁹) De successione coniugum ex statutis scripserunt Io. Paul. KRESSIVS *de aequitate successionis coniugum* Helmst. 1719. Io. Pet. de LVDEWIG *differentiae iur. Rom. et germ. in successione coniugum* Halae 1714. Bened. SCHMIDT *Diss. de differentiis iuris Natur. Rom. Germ. et Bauarici prouinc. Maximilianei* circa

stes, quamuis iura prouinciarum Germaniae locorumque statuta ea de re quam maxime variare, facillime concesserim. Quae igitur cum ita sint, quaestio iam est, diuersimode agitata, quae ratio sit computandi legitimam portionem parentum, si superses concurrat coniux, partem vindicans, quae statuto, vel iure communi deferatur? 4^o) Non vna est ea in re iuris-
consult-

circa successionem coniugum Ingolst. 1761. Ios. Mar. SCHNEIDT *Diff. de succ. coniugum iuxta ius Rom. Germ. et in specie Franconicum.* Wirceb. 1774. Andr. KOHL *Traff. duae, prior de pactis dotal. altera de successionem coniugum* Francof. ad Moen. 1731. 4. Car. Gottl. KNORRE *de different. iuris Marchici et Magdeburgici in successionem coniug.* Halae 1745. in primis Frid. Vlr. PESTEL *Disquis. iuris germ. de successionem inter coniuges ab intestato.* Rint. 1745. et Ant. Franc ITZSTEIN in *Diff. de moguntinostatutaria coniugum successionem mutua.* Moguntiae 1786.

4^o) Quaestionem hanc in primis a duobus Iurisconsultis Vitembergensibus, videlicet. Casp. Henr. HORNIO in *Progr. quae ratio sit computandi legitimam, si superses concurrat coniux, partem vindicans, quae statuto deferatur.* Viteb. 1693. ac Io. Paul. SCHRÖTERO in *Progr. quomodo computanda sit legitima, liberis, parentibus, atque fratribus debita, si*
I. vidua.

consultorum opinio. Sunt enim, qui portionem eam, quae lege vel statuto ex defuncti bonis coniugi superstiti debetur, nullum legitimae inferre praeiudicium, quin potius in ipsam legitimae rationem computandam, adeoque portionem legitimam ex vniuersa bonorum defuncti substantia definiendam esse existiment ⁴¹). Neque vero defunt, qui contra-

vidua, quae portionem statutariam petat, concurrat. Vitemb. 1721. et 1728. tractatam esse memini, quorum tamen scripta inspicere haud contigit.

⁴¹) Istam sententiam primum Scabini Lipsienses, cum de vera huius quaestionis decisione anticipites haerent, anno cdo 1711. ex pacto quasi et conuentu sunt amplexi, vt *Bened. CARPZOVIVS* memoriae tradidit *Lib. VI. Resp. 48.* Eandem postea secuti sunt *Andr. GAILIVS Lib. II. Obs. 56. n. 16. et Obs. 124. n. 1. Casp. KLOCKIVS Tom. III. Consil. 12. n. 3. ac Ern. COTHMANNVS Vol. II. Resp. 51. num. 170.* eorumque partes magno inprimis molimine tuitus est *Bened. CARPZOVIVS l. c.* Recentiori autem tempore in eandem discesserunt sententiam Iurisconsulti *HALENSES*, vid. *Consil. Halenjs. Lib. I. Conf. 46. et 211. et STRYCK in Tr. de Success. ab int. Disp. IV. Cap. 3. §. 59. 60. 61. IENENSES* teste *WALCHIO in Introd. in controu. ur.*

contrariam tueantur opinionem, atque portionem coniugi superstiti debitam, tamquam aes alienum, prius deducendam esse contendunt, quam legitimae ineatur ratio ⁴²). Sunt denique herciscundi alii, qui mediam amplectuntur sententiam. Hi etenim portionem coniugis superstitis a defuncti hereditate, priusquam legitima determinetur, detrahendam

L. 2

*iur. civ. Sect. II. cap. IV. Membr. 2 §. 4. ac VITENBERGENSES apud WERNHERVM Part. III. Obs. 47. quibus et Io. SCHILTER in Diss. de legitimae cum quarta vel simili portione superstiti coniugi debita concurrentis computatione Argent. 1697. LEYSE-
RVS in Meditat. ad Pandect. Spec. XCI. med. 5. HELLFELDVS in iurispr. forens. §. 547. ac Ill. Car. Frid. WALCHIVS in Diss. de portione statutaria in legitimam computanda Ienae 1776. accesserunt.*

⁴²) In ea sententia sunt LAVTERBACHIVS in Colleg. theor. pract. Pandectar. T. I. Lib. V. Tit. 2. §. 46. et in Conclus. Forens. Exercit. XV. th. II. WESENBECHIVS P. I. Cons. 50. D. 30. BERLICHIVS P. III. Conclus. 27. n. 68. Guil. ESBACHIVS ad Carpov. P. III. Const. II. Definit. 3. inprimis Io. Christ. SCHROETER in Diss. de praerogativa portione statutariae prae legitima, eiusque computatione ex bonis feudalibus noviter acquisitis. Ienae 1725.

dam quidem esse statuunt; sed ita tamen, ut, cum secundum Nov. XVIII. portio legitima pro numero personarum ab intestato succedentium modo triens modo semis esse debeat, coniugem quoque superstitem in computum legitimae omnino deducendum esse arbitrentur ⁴³). In hoc sententiarum diuortio

⁴³) Ita quidem placuit Celeb. Car. Frid. GERSTLACHERO im Beweis einer neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils der Eltern, Kinder und Geschwister, wann der überlebende Ehegatte miterbet. Stuttg. 1772. 4. cuius tamen scriptio magnam contentionem peperit, nam dicam ei scripsit Consult. Car. Lud. Christ. ROESLINVS, qui contra GERSTLACHERVM edidit Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils. I. Stück 1772. II. Stück 1773. 4. Et quamvis GERSTLACHERVS non solum sententiae suae defensorem nactus sit anonymum, qui foras protulit ohnpartheyische Prüfung der Gedanken von richtiger Berechnung des Pflichttheils, aufgesetzt von W. C. F. I. 1773. sed etiam ipse se defenderit contra obiectiones, a ROESLINO sibi factas, noua commentatione, quae inscribitur Bestätigung und nähere Erläuterung der neuen Meinung von richtiger Berechnung des Pflichttheils, Stuttgart 1776. 4. non tamen tacuit ROESLINVS, sed adhuc edidit

tio posteriori ego sententiae eo lubentius subscribo, quo magis ea ipsi legitimae indoli respondeat. Cum enim legitimae portionis ea sit natura, ut non nisi *partem debitae ab intestato portionis* ⁴⁴⁾ constituat, neque ea in re iure nouissimo quicquam, praeter *solam quantitatem*, quam pro numero heredum IVSTINIANVS auxit, mutatum esse, supra demonstratum sit, (§. XII.) consequitur omnino, ut semper portio coniugi superstiti debita prius deducenda sit, quam legitima portio compute- tur, quia id, quod deducta demum portio- ne hereditaria coniugis superstitis ex substan- tia defuncti superest, ad parentes ipsos, nam de horum portione legitima nobis tantum sermo est, intestato defuncto, potuisset per- uenire. Neque nobis obstat, quod ipsa por- tio statutaria Romanis plane fuerit incognita, aut eo, quo Nouella XVIII. edita est, tem- pore, coniugi superstiti ius cum iis, qui san-

L. 3. *de leg. 3.* guine

edidit *Sechs Nachträge zu seinen Gedancken von richtiger Berechnung des Pflichttheils* 1777. Non opus est, ut huic liti me immi- sceam, cum ex ROESLINI commentationi- bus satis appareat, eum veram sententiae Gerstlacherianae mentem haud percepisse.

⁴⁴⁾ L. 2. Cod. de inoff. donation. Nov. I. c. I. Nov. XXII. c. 48.

guine defuncto coniuncti sunt, ab intestato succedendi nondum fuerit concessum, ex eo enim id, quod portio, quae coniugi superstiti lege assignata est, prius deduci nequeat, sed illius quoque ratio habenda sit in computanda legitima, nullis profecto extorquebis fidiculis, quamdiu illud certum manet, portionem legitimam esse tantum partem eius portionis, quam quis ab intestato esset habiturus. Fragile etiam omnino est, quod ex *Novella XVIII. c. i.* desumitur, argumentum. Quantopere enim decipiantur, qui *IUSTINIANVM* sibi patrocinari putent, dum portionem legitimam *tertiam substantiae partem* ac paulo post *mediam totius substantiae partem* vocat, supra iam expediuimus. (§. XI.) Largior lubens, quod et Guil. Otto *REITZIVS* ⁴⁵⁾ doctissime obseruauit, vocabulum *περιουσία*, quo vsus est Imperator, apud Graecos Iurisconsultos *patrimonium, bona, opes, facultates* denotare, de quoque contrasentientibus id, *IUSTINIANVM* ideo maxime vocem illam adhibuisse, vt significaret, partem bonorum, quae possedit defunctus, cum vitam cum morte commutaret, esse

⁴⁵⁾ in glossario Theophilino Tom. II. THEOPHILI paraphrasi Institut. adiecto pag. 1286.

esse debere legitimam; sed quid, quaeso, inde? forsan, quod etiam horum in bonorum censum scribenda illa sint, quae coniugi superstiti ex defuncti hereditate lege debentur? Nihil minus! ista enim ratione fieret, ut in legitimae computationem venirent bona, quae ad eos, qui legitimam exigunt, ab intestato prorsus non pertinuissent, quod quam absurdum sit et Legitimae indoli contrarium, quotus quisque est, qui non intelligat? Neque denique refragatur *IVSTINIANVS*, sed nostrae potius sententiae fauet; dummodo tecum perpendas accuratius, quo de casu *IVSTINIANVS* ibidem loquatur. Ait vero Imperator, liberis, si quatuor vel pauciores adsint, tertiam substantiae partem, sin plures, quam quatuor, dimidiam totius substantiae relinqui oportere. Loquitur ergo de liberis, qui soli eo quidem tempore ab intestato succedebant, ut e chronologia Nouellarum supra est effectum (§. IX. not. 68.). Cui consequens est, ut, si ex huius Nouellae sanctione legitima portio triens vel semis *totius substantiae defuncti* esse debeat, etiam idem casus adsit, quem supponit lex; id est, ut ii, qui legitimam petunt, etiam soli sint, quibus vniuersa ab intestato

obuenisset hereditas. Quare manifestum est, Imperatorem de eo certe casu, de quo nos loquimur, si nimirum cum iis, quibus legitima debetur, coniux defuncti superstes concurrit, neque cogitare, neque eo tempore cogitare potuisse. Quodsi quis igitur ad istam quoque speciem Legis huius dispositionem applicare, atque legitimam, quae necessariis heredibus in concursu cum coniuge defuncti superstite debetur, totius substantiae relictæ partem aestimare vellet, nae is egregie falleretur. Ego potius quouis pignore ausim contendere, ipsum Imperatorem aliter sensisse. Cum enim is eum solum casum in animo habuerit, quo liberi in vniuersum defuncti ius soli essent ab intestato successuri, luce patet meridiana clarius, iis, si soli ab intestato heredes non sint, sed alia cum iis persona concurrat, cui pars bonorum defuncti ipsa lege ab intestato debeat, legitimam portionem secundum mentem IVSTINIANI haudquaquam ex substantia defuncti vniuersa, sed ex ea duntaxat hereditatis parte, quam, detracta coniugis superstitis portione, ab intestato habitori sint, assignari posse, idque eo magis, quod et ea portio, quam IVSTINIANVS

con

coniugi inopi superstiti lege sua tribuit, *pars substantiae* appelletur ⁴⁶⁾). Neque etiam nobis repugnat, quod secundum IUSTINIANI constitutionem ⁴⁷⁾ coniugi superstiti partis illius quartae, quae ei sit relinquenda, non proprietas sed saltem ususfructus tribui oporteat, id enim partim in eo solum casu valere, si coniux superstes cum liberis a se procreatis concurrat, ipsa docent legis verba ⁴⁸⁾; adeoque argumentum illud, quanti vis momenti etiam sit, in nos haud cadere posse, qui de legitima parentum portione computanda, si coniux superstes concurrat, loquimur, in aprico est; partim vero, in eo quoque casu, si coniux superstes cum liberis ex se natis concurrat, vereor, ne ratio legis obtineatur, si portionem, coniugi superstiti debitam, in ipsam legitimae computationem deducere vellemus. Eam enim ob causam IUSTINIANVM coniugi prospexisse superstiti nouimus, ne in extrema viuere

L 5 ne-

⁴⁶⁾ Nov. LIII. c. 6. et Nov. 117. c. 5.

⁴⁷⁾ Nov. 117. c. 5.

⁴⁸⁾ Verba sunt: *et in illis rebus mulier solum ususfructum habeat, dominium vero LIBERIS ILLIS seruetur, quos ex eo matrimonio habuerit.*

necessitate cogeretur, eiusque inopia simul memoria defuncti ignominia afficeretur ⁴⁹).

Quemadmodum vero, coniugem superstitem partem omnino facere ad minuendam parentum legitimam, ex iis iam fatis intelligitur, quae vberius ea de re disputauimus; ita eundem et numerum facere ad augendam eorum legitimam, et aequitas et ipsa legitimae natura postulat. Quapropter si praeter coniugem defuncti superstitem quatuor forsan remotioris gradus ascendentes adsint, equidem legitimam parentum portionem non *trientem*, sed *semissem* fore portionis ab intestato iis debitae, iure optimo contendo ⁵⁰).
:Oc.

⁴⁹) vid. *Nov. LIII. cap. 6.* GVDELINVS *de iure nouissimo Lib. II. c. 16. pag. 98.* et RICHTER *od Auth. Praeterea C. unde vir et uxor in Exposit. Authenticar Part. II. p. 79. n. 30.*

⁵⁰) Ascendentes enim remotioris gradus, si soli non sint, sed cum aliis personis eodem ordine ab intestato concurrant, haud in lineas, sed in capita succedere, pro comperto ponimus. Vid. *Nov. CXVIII. cap. 3.* Magna quidem inter Ictos discordia est, *utrum coniux superstes portionem suam accipiat iure hereditario*, qua de re in contrarias distrahuntur sententias, dum alii eum *ex speciali solum legis*

gis beneficio succedere existiment, eumque idcirco heredem esse negent, qua in sententia versantur STRYCKIUS de Succ. ab int. Diff. IV. c. I. §. 27. 23. E. F. de. PUFFENDORF in Observat. iur. univ. T. III. Obs. 177. §. 2. Io. Balth. L. B. a. WERNHER in Obs. forens. Part. V. Obs. 320. Ill. KOCHIVS de Success. ab intest. §. 113. Mich. Gottfr. WERNHER in lect. commentat. ad Pand. Lib. XXXVIII. Tit. XI. §. 6. 7. 8. et ZOLLER in Diff. de Successione statutaria coniugum Lipsiae 1781. Alii e contrario coniugem superstitem, qui portionem lege vel statuto ei debitam capit, pro herede omnino habendum esse contendunt, quam sententiam tuentur, Io. Andr. KOHL de Success. coniugum Part. post. n. 93. Aug. a LEYSER in Meditat. ad Pandect. Sp. CCCCXXIV. medit. 7. et Spec. CCCCXXV. medit. 1. et 2. Io. Sam. Frid. BOEHMER in Diff. de ratione decidendi controuersias circa portionem statutariam coniugum Hal. 1749. IDEMQUE in libell germ. scripto: ausführliche Belehrung, wie und nach welchen Rechten die statutarische Portion der Eheleute zu beurtheilen? in Ill. SCHOTT iurist. Wochenblatt 4. Jahrgang N. XVII. pag. 485. sqq. Car. Ferd. HOMMEL in Rapsod. Obs. ccccx. et Aug. Frid. Sigism. GREEN in Program. an vidua, quae statutariam portionem capit, pro herede mariti habenda sit? Lipsiae 1776. Verum enim vero si de iure civili quaestio est, omnem scrupulum facile eximit IUSTINIANVS, is qui in Nov. LIII. c. 6.

Occurritur quidem nobis a viris doctis ⁵¹⁾, in computanda legitima portione non solum, quinam ab intestato successissent, videndum, sed etiam quinam possint agere de inofficioso testamento, adeoque duabus hisce qualitatibus instructas esse debere personas, quae in legitimae ratione incunda numerari debeant, ut nempe I, ab intestato succedendi iure gaudeant, et II, sine iusta causa excludi non possint, sed querelam inofficiosi habeant, id quod

c. 6. §. 1. coniugem superstitem ratione partis ex defuncti bonis ei concessae, expressis verbis *heredem* appellat; et cum auctores statutorum iuris Romani dispositionem plerumque ante oculos positam habuisse, ex convenientia hodiernae portiones statutariae cum quota illa hereditatis parte, quae iure Romano coniugi superstiti assignatur, eluceat, profecto, quominus idem quoque ratione portiones statutariae hodiernae asserere eatenus liceat, nihil plane est, quod obstat. Vid. Doctiss. Io. Ern. Bernh. EMMINGHAUSII elegantiss. Commentat. germ. script. cuius titulus est: *Rechtliche Erörterung der Frage: in wie ferne die noch nicht anerkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe?* Weimar 1784. 8. Cap. II. §. 11. 12. pag. 32. sqq.

⁵¹⁾ HERING de computanda legitima matris §. XXIX. et ROESLIN in allegat. Cogitat. Part. I. §. 35.

quod ex verbis *capitis I. Nouellae XVIII.* vltimis satis apparere putant; hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est; quae quidem qualitates cum in persona coniugis superstitis non concurrant, cui quippe in casu factae praeteritionis querela inofficiosi nulla detur ⁵²⁾, concludunt inde; coniugem superstitem in computanda portione legitima connumerari haud posse. Enimvero quam sinistra illa IVSTINIANI verba distorqueantur interpretatione, quae quidem de augmento solum quantitatis legitimae portionis ad caeteras, praeter liberos, personas extendendo, quibus olim quadrantis nomine de inofficioso querela legibus attributa fuit, intelligenda sunt, nequaquam vero de personis, legitimae computum ingredientibus, cuique fane non talpa cocciori in oculos incurrit.

§. XXIV.

⁵²⁾ Vid. ROESLIN in den angef. Gedanken II. Stück §. 5. et a LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XCI. med. 12. coroll. 3. Vol. II. p. 290.

§. XXIV.

*De diuisione legitimae portionis parentum
obseruatio.*

Ante vero, quam huic Sectioni finem imponamus, liceat nobis pauca *de diuisione legitimae portionis parentum* adnotare, ne quid omnino intactum relinquamus. Quaeritur enim, si quis ex duobus parentibus, qui superstites ei atque soli sunt ab intestato heredes, alterum heredem instituerit in vniuersum ius, alterum in legitimam portionem; vtrum parens heres institutus alteri in legitimae portionis diuisione partem faciat nec ne? Quid igitur? num integrum trientem accipiet is, qui in legitima est institutus, alter vero bessem, anne potius dimidiam tantum trientis partem? Equidem posterius asserere non dubito; tum quod legitima portio non totius hereditatis, sed portionis solum eius pars sit, quam quis ab intestato esset habiturus; tum quod *Novella XVIII. cap. i.* eandem aequaliter diuidendam esse iubeat inter eos, quibus illa eodem et ordine et gradu debetur; tum quod alterum deficere dici nequeat, qui in vniuersum ius defuncti institutus

tus est, ut fiat iuri accrescendi locus ⁵³). Ergo patri in legitima instituto satisfactum est, si sextantem habeat, dextans vero, qui superest, ad matrem pertinebit ⁵⁴). Caeterum de diuisione legitimae portionis *in lineas*, si soli remotioris gradus ascendentes adsint, supra (§. XIV.) vidimus.

S E C T I O III.

IN QVA

ARGVMENTA EORVM, QVI PORTIONEM PARENTVM LEGITIMAM SEMPER ET QVOVIS IN CASV TOTIVS HEREDITATIS TRIENTEM ESSE, CONTENDVNT, EXAMINANTVR ET REFELLVNTVR.

§. XXV.

Auctor a variationis nota se liberat.

Non deerunt forsan, qui, si in Sectione ista refutatam legerint sententiam, quam et ipse antehac adamaui, pugnacissimeque in

⁵³) arg. L. 34. §. 13. D. de legat. 1.

⁵⁴) Vid. COLMAR vom Pflichttheil der Eltern pag. 41. de liberis idem sentit Iac. CUIACIUS in Exposit. Nouell. ad Nov. 18.

scholis meis defendi, inconstantiæ me
 atque retractationis arguent. Sed causam
 pro me dicat QVINCTILIANVS, suoque ipse
 exemplo monstret, non leuitatis, sed gra-
 uissimum religionis, honestatis, atque mode-
 stiae esse argumentum, illa, quae falso vel
 inèpte aliquando senserimus, ingenue, si vel
 studium vel aetas alia docuerit meliora, re-
 tractare, atque ita errandi viam posteris prae-
 cludere. *Ipse me paulum in alia, ita maxu-*
mus ille rhetor loquitur ⁵⁵⁾, *quam prius ha-*
buerim, opinione nunc esse, confiteor. Et fortasse tu-
tissimum erat, famae modo student, nihil ex eo
mutare, quod multis annis non sensissem modo,
verum etiam approbassem. Sed non sustineo esse
consciis mihi dissimulanti, in eo praesertim opere,
quod ad bonorum iuuenum aliquam utilitatem com-
ponimus, in ulla parte iudicii mei. Nam et HIP-
POCRATES clarus arte medicinae, videtur bone-
stissime fecisse, qui quosdam errores, ne posteri er-
rarent, confessus est. Et M. TVLLIUS non dubita-
uit aliquos suos iam editos libros, aliis postea scriptis,
ipse damnare. A cognito igitur atque damna-
to errore et ego discedens, non est, quod
erubescam, cum superbae stultitiae perseue-
rantia sit: quod semel diximus, quaecun-
que

⁵⁵⁾ Lib. III. *Institut. Orator. cap. 6.*

que illud sit, fixum habere ratumque. In ipsis etiam Pandectarum libris vndique obuia sunt variationum ac retractationum, a veteribus Ictis Romanis factarum exempla, quos saepius, re plenius tractata et excussa, suas mutasse atque castigasse sententias reperimus, vtut religiosi illi et constantes fuerint ⁵⁶). Quid mirum itaque, si idem et mihi contingerit, qui neque ingenio, neque doctrina, neque auctoritate cum illis sum comparandus. Sed haec obiter, et ὥς ἐν παρόδῳ. Aurem enim nobis vellunt Contrasentientes nostri, quorum argumenta vt accurata mentis trutina examinemus, et remoueamus, instituti ratio postulat.

§. XXVI.

I) *Argumenta Math. Benonis HERINGII expenduntur ac infringuntur. Ratio eius prima in medio ponitur.*

Age igitur, videamus, quibus Aduersarii nostri sententiam suam communitum eant
prae-

⁵⁶) *De retractationibus veterum Ictorum, quorum fragmenta in Digestis supersunt librum singularem scripsit Io. Salom. BRVNQVELLIVS, praefatus est, et notulas adiecit Gottl. Aug. IENICHEN. Lipsiae 1738.*

praesidiis. Ut vero omni me invidia liberem, ponam in medio singulorum rationes, atque perpendam. Primus igitur eorum, quibuscum nobis res erit, in scenam prodeat HERINGIVS, qui primum sententiam illam, qua portionem parentum legitimam semper esse totius hereditatis trientem, siue fratres defuncti bilaterales concurrant, siue non, defenditur singulari scripto ⁵⁷⁾ tueri est annisus. Is vero quinque in primis rationes adfert, quibus sententiam suam suffulcire fatagit, quae quidem quales sint, nunc cognoscamus. Ratio prima haec est ⁵⁸⁾. Quia, ut ipsa eius verba retineamus, cum praeteriti sint fratres aut sorores (et sic istae persense, quae alias, si testator testamentum non fecisset, cum matre ab intestato successissent aequaliter in capita,) ad suam legitimam agere non possunt, quoniam persona honesta heres instituta, quo casu fratribus non competit actio ad legitimam ⁵⁹⁾. Praeteritio haec facta illud operatur, et personae praeteritae pro mortuis, nullis, et denique habentur

⁵⁷⁾ De computanda legitima matris in concursu cum germanis praeteritis. Rott. 1746.

⁵⁸⁾ Vid. Sect. poster. §. XXI. et XXII. cit. Dissert. Heringianae.

⁵⁹⁾ §. 1. I. L. 1. D. et L. 27. de inoff testam.

antur, ac si in rerum natura nunquam fuissent, et ita mater defuncto filio filiaue in totum assem succedere potuisset. Haec ratio apertissime demonstratur ex L. 10. §. 4. sqq. ff. de bonorum possessione contra tabulas: ubi VLPPIANVS ICtus ita scribit: liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur Edictum; quo enim bonum est eis fauere, ut partem faciant, nihil habituris. Ex quibus verbis manifestissime colligitur, quod illi, qui non possunt succedere siue hereditatis incapaces sunt, babeantur plane pro nullis, cum partem non faciant; alias enim, si haberentur pro existentibus, partem omnino facerent. Porro exheredatos et alios, qui succedere prohibentur, pro mortuis haberi, et respectu eorum, quibus successio defertur, non posse venire in considerationem, ex L. 1. §. 5. ff. de coniungendis cum emancipato liberis, aperte apparet: ubi VLPPIANVS inquit: Sed etsi patruus eorum, qui erat in potestate, sit praeteritus, pater exheredatus. debent nepotes admitti. Nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur. Et tandem satis clare Imperator IVSTINIANVS in §. 3. I. de success. li-

bertor. docet: quod incapaces hereditatis pro mortuis et nullis habeantur, ac consequenter partem non faciant, quia haec duo: nullos habere liberos, et habere liberos rite exheredatos vel praeteritos: inter se comparat, et pro uno eodemque accipit: Haftenus HERINGIUS noster, sed omnia haec nihil ad nos, vt statim videbimus.

§. XXVII.

*Ratio HERINGII prima refutatur. Explicatur
L. 10. §. 4. D. de B. P. contra tab.*

Omnis cardo rei in eo vertitur, vtrum legibus ab HERINGIO in medium allatis effectum sit id, quod praeteriti vel exheredati in legitimae partis computatione neque partem faciant neque numerum, sed pro mortuis sint habendi? De quo ego quidem quam qui maxime dubito. Leges enim illae de diuersis plane speciebus loquuntur, a quibus ad eam, de qua hic differimus, nulla duci potest consequentia. Dicamus vero de singulis, et, quae vera earum mens sit, dispiciamus. In Lege priori 10. §. 4. et 5. D. de Bon. Poss. contra tabulas, VLPIANVS, cuius ex libro XL. ad Edictum ea decerpta est, difficilem tractat quaestionem, vtrum bonorum possessio contra tabulas ab iis obtenta, quos

Prae-

Praetor admisit, exheredatis etiam profit ad id, ut partem illis faciant? decidit eam negative his verbis: *Liberi, qui contra tabulas habere non possunt*, i. e. quibus Praetor bonorum possessione non succurrit, quales sunt exheredati; Nam, ut idem *VLP IANVS* alio loco ⁶⁰⁾ ait, non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos i. e. quos testator nominatim ab hereditate excluferit, ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, quia iure civili possunt inofficiosi querelam instituere, igitur iis solum Praetor bonorum possessionem dat, qui neque instituti, neque exheredati sunt ⁶¹⁾, sed praeteriti; cum vero Sui praeteriti iam iuris civilis praesidio muniti ipso iure evertant testamentum, emancipatis praeteritis in primis succurrit Praetor, qui secundum vetustioris iuris placita ad patris successionem non vocabantur, quosque idcirco et pater iure antiquo Romano praeterire licite poterat; *nec partem faciunt*, i. e. illi non efficiunt, ut pars quaedam reliquis decerpatur, et hereditas magis diuidatur, *si per alios committatur Edictum*, i. e. quando alii, v. c. emancipati

M 3

prae-

⁶⁰⁾ *L. 8. pr. D. de B. P. contr. tab.*

⁶¹⁾ *L. 1. pr. D. eod. tit.*

praeteriti edicto Praetoris locum faciant ⁶²⁾, Quo enim bonum est eis fauere, ut partem faciant, nihil habituris? i. e. quid enim iuuat, pro eo partem hereditatis reliquis abripere, qui illam capere nequit, quod successionis praetoriae capax non est; Pergit Ictus: *Exheredati liberi, quemadmodum Edictum non committunt*, i. e. sicuti exheredati, cum iis Praetor B. P. suo Edicto non det, nec ipsi possunt auxilium Praetoris implorare; *ita nec commissio per alios Edicto cum illis venient ad bonorum possessionem*, i. e. sic nec illis proderit bonorum possessionis effectus, si vel maxime alii, quos Praetor edicto suo ad B. P. contra tabulas vocat, eam impetrauerint: ratio est, quia B. P. contra tabulas, si scriptus quidem adierit hereditatem, non ipsum testamentum rescindit, nec defunctum facit intestatum ⁶³⁾:

vnde

⁶²⁾ *Committere Edictum* dicitur, qui ei locum facit; L. 3. §. II. L. 8. §. II. L. II D. eod. tit. L. 126. D. de legat. I. Conf. B. BRISSONIVS de Verbor. Significat. v. committere.

⁶³⁾ Hinc eximii oriuntur effectus; quodsi enim pater defuncti acceperit bonorum possessionem contra tabulas, filia a defuncto exheredata potest agere querela inofficiosi testamenti L. 16. §. I. D. de inoff. test. qua agere non posset, si per B. P. rescissum fuisset testamentum; tum
quia

vnde ab intestato succedi non potest; quod-
 si enim per bonorum possessionem contra ta-
 bulas euerteretur testamentum, et defunctus
 fieret intestatus, exheredatus omnino admit-
 teretur, vt confirmat TRYPHONINVS *lib. XIX.*

M 4

Dispu.

quia filia succederet ab intestato, et ideo ei
 non competeret querela, §. 2. *I. eod.* tum quia
 querela testamentum rescindit, atque subuertit,
L. 8. §. 16. L. 17. pr. D. eodem. non potest
 autem rescindi testamentum, si per B. P. iam
 fuisset rescissum. Deinde vero et is, qui B.
 P. contra tabulas obtinuit, tenetur legata prae-
 stare certis personis relicta, vid. *tot. tit. Dig.
 de legatis praestandis contra tab. B. P. petita.*
 Sustinetur quoque substitutio pupillaris, et le-
 gata omnibus praestanda sunt, quae a substitu-
 tione data sunt. *L. 34. §. ult. D. de vulg. et
 pup. substit.* Quapropter et filio emancipato
 praeterito petente B. P. contra tabulas, alter
 filius exheredatus non admittitur ab intestato,
 quia non infirmatur testamentum, et ideo su-
 stinetur exheredatio. *L. 20. pr. D. de B. P.
 contr. tab.* Absurdum enim esset, in hoc tan-
 tum valere testamentum, vt exheredatio vi-
 geat, cum alias non valeat: *L. 12. §. 5. D. de
 bonis libert.* Dissentit quidem *Luc. van de
 POLL de exheredat. et praeterit. cap. XVII. §.
 13.* atque B. P. contra tabulas ab intestato suc-
 cessionem tribuere existimat, sed argumentis
 eius egregie satisfecit *Ios. AVERANIVS in
 Interpretat. iuris Tom. I. Lib. I. c. VII. n. 4. sqq.*

Disputationum ⁶⁴⁾; unaque eis querela superest, si de inofficioso dicant, i. e. vnicum iis remedium superest, quo, cum ab hoc foro plane excludantur, nec quidquam illis ex Praetoris benignitate suppetat solatii, experiundum est, confugiendum scilicet est iis ad inofficiosi querelam; quia non obstante B. P. contra tabulas obtenta, exheredatio in testamento facta valebat.

Ex his vero apparet, in tota lege quaestionem de computatione legitimae esse plane nullam, sed eam tantum de praeiudicio liberorum exheredatorum, seu de effectu impetratae B. P. contra tabulas respectu exheredatorum agere ⁶⁵⁾.

§. XXVIII.

⁶⁴⁾ *L. 20. pr. D. de B. P. contra tab.* ubi eleganter observatur: quod sit venale beneficium scripti heredis extranei, ut cum ipse iure hereditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum, praestetque a se emancipato filio iure contra tabulas bonorum possessionis: si autem omiserit hereditatem, in portionem bonorum exheredatum effectum admittet iure factum solum suum heredem.

⁶⁵⁾ Ita mecum hanc Legem quoque interpretati sunt CLAPROTH in *Diff. de computo legitimae* §. XX. Hier. Frid. SCHORCH in *Diff. quaest.*

§. XXVIII.

Exponitur L. 1. §. 5. D. de coniung. cum emancipato liberis.

Alter locus, ad quem HERINGIVS, et qui ei adfentiuntur, confugiunt, est in L. 1. §. 5. D. de coniungend. cum emancipato liberis, ubi dicitur, *exheredatum pro mortuo haberi*. Ex quo inferunt, non posse videri partem facere, qui vel praeteritus vel exheredatus est. Verum nec ibi ullum de computatione legitimae portionis vestigium apparet; sed, ut in L. 10. ante explicata, vnice de bonorum possessione contra tabulas agitur, ad quam quippe Edictum Praetoris *de coniungendis cum emancipato liberis eius* pertinet. Vtraque enim Lex ex eodem VLPIANI Lib. XL. *ad Edictum* desumta, indeque pari ratione accipienda est. Species in lege comprehensa haec. Paterfamilias ex duobus filiis, quos in potestate habuit, alterum emancipauit, alterum sub paterno imperio retinuit, simulque nepotes ex emancipato. Decessit postea, et in testamento, quod condidit, filius sub potestate retentus, et nepotes ex altero filio

M 5. eman-

quaest. special. circa inoff. testamentum continente, Erford. 1768. §. 6.

emancipato, etiam sub iure paterno seruati, inueniuntur praeteriti, emancipatus autem filius exheredatus. Petunt illi, quos defunctus praeteriit, bonorum possessionem contra tabulas. Quaerebatur, num nepotes admittendi? Dubium enim videri poterat, numne pater emancipatus iis obstat? Respondet **VLPIANVS**, nepotes utique ad B. P. debere admitti. Exheredato enim patri eandem petendi nulla licentia, quia contra tabulas bonorum possessio peti nequit, nisi a praeteritis. Exheredatis autem querela inofficiosi iure ciuili prodita. Exheredatus igitur nepotibus ex se genitis in petenda bonorum possessione contra tabulas non magis obstabit, quam si ille in viuis esse desisset. Iam lex intellectu erit facillima. Ait **VLPIANVS**: *Si pater emancipatus exheredatus sit, nepotibus ex eo (intuitu aui testatoris sic vocantur) praeteritis, qui erant in potestate (scilicet ab auo) retenti: nepotes admittuntur: absurdum enim est, cum patri praeterito iungantur, (filio enim emancipato, nepotes in potestate aui retenti iure ciuili antiquo soli erant sui heredes, quia eorum pater emancipatione deficiat agnatus esse; sed Praetor edicto suo iunxit nepotes patri suo emancipato, ut cum iis*
con-

concurrat in partem dimidiam, data ei bonorum possessione contra tabulas, si praeteritus sit; quodsi igitur nepotes patri iunguntur, si is ad B. P. admittitur, absolum fane foret, *instituto eo vel exheredato*, (i. e. quando is ad B. P. non admittitur, et eam ob rem dubitandi ratio cesset,) *non admitti.* Sed et si patruus eorum, qui erat in potestate, sit praeteritus, pater exheredatus, debent nepotes admitti: NAM EXHEREDATUS PATER EORVM PRO MORTVO HABETVR; id quod generaliter accipi nequit, alioquin enim secum ipse, quam qui maxime dissentiret VLPIANVS, is qui paullo ⁶⁶⁾ post in eo casu, si pater in potestate manens exheredatus sit, nepotem ex eo, siue in potestate manserit, siue non, ad bona aui neque vocari neque vocandum esse, SCAEVOLA auctore statuit, addita hac ratione: *totiens enim nepoti consulendum est, quotiens in potestate retentus est, patre emancipato*; adeoque iure proprio succedit: exheredatus igitur catenus tantum pro mortuo habetur, quod bonorum possessio ipsi non datur, et eam ob causam in proposita visione non magis obstat filiis suis in successione aui, quam

⁶⁶⁾ §. 6. *distae L. 1. D. de coniung. cum emanc. lib.*

quam si in rerum natura non existeret. Ecquis vero nunc non videt, hic aliud plane rerum genus esse, ac est in argumento de computatione portionis legitimae? Haec enim ex lege civili debetur, et vnice aestimatur ex iure et conditione intestati. Vnde manifestum est, quam ineptum sit, exheredatum pro mortuo haberi in legitima definienda eiusque modo constituendo: cum ista quaestio plane separata sit a causa testamenti, neque eius ratio haberi queat, perinde ac si nullum prorsus adesset⁶⁷⁾.

§. XXIX.

§. 3. *I. de Success. libertor. nequidquam nobis obest.*

Tandem vero neque §. 3. *I. de Success. libertor.* ad rem pertinere nostram, nemo facile in dubium vocabit, nisi contra manifestam veritatem se obdurare voluerit. IVSTINIANVS nimirum, postquam in §. 1. et 2. *dicti Instit. tituli* de successione libertorum quid Lege XII. Tab. quid Praetoris edicto, quid

⁶⁷⁾ Optime sine dubio hanc *L. 1. §. 5. D. de coniung. cum emanc. lib.* dilucidavit Henr. COCCEN in *diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt.* Sect. V. per tot.

quid Lege denique Papia cautum fuerit, explicauerat, §pbo 3. alleg. ad suam ipsius constitutionem progreditur, qua Legem Papiam correxit ⁶⁸). Quae cum satis prolixa sit, eum tantum inde decerpamus locum, in quo praesidium sententiae suae aduersarii nostri inuenisse sibi videntur. Ac primum quidem in computandis bonis liberti vel libertae immenso sestertiorum numero, quem posuit Lex Papia redacto ad minorem numerum aureorum ita distinguit Imperator, ut si minus centum aureis libertus vel liberta in bonis habuerint, habeant liberam testamenti factionem, ut ergo impune, etiam extraneo herede instituto, patronum praeterire possint. Quum vero maiores centenariis sint (i. e. ampliorem reliquerint centum aureis rem ⁶⁹)) si heredes vel bonorum possessores liberos habeant, siue unum siue plures, cuiuscunque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, patro-

⁶⁸) Quae de iure patronatus IUSTINIANI constitutio graeca desideratur, *Lib. VI. Cod. tit. 4.* eam ex Basilicis restituit *Iac. CUIACIUS in Observat. iur. Rom. Lib. XX. cap. 34.*

⁶⁹) Conf. MARCILIUS in not. ad h. §. 3. penes *Ian. a COSTA in Commentar. ad Institut. h. t. p. 378.* edit. Io. van de WATER.

patronis omnibus modis una cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocauimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronas praeterierint, CVM NVLLOS LIBEROS HABERENT, VEL HABENTES EOS EXHEREDAVERINT, VEL MATER SIVE AVVS MATERNVS EOS PRAETERIERINT (horum enim praeteritio, vt constat 7^o), pro exheredatione est) ITA, VT NON POSSINT ARGVI INOFFICIOSA EORVM TESTAMENTA; tunc ex nostra Constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non diuiciam, vt antea (scilicet ex Legis Papiae sanctione) sed tertiam partem bonorum liberti consequantur. Iam ecce tela, quae inde torquent: liberos habere nullos, et habere quidem, sed iuste eos exheredare vel praeterire, hac constitutione aequiparatur, ergo praeteriti vel exheredati pro mortuis habendi. Verum enim vero nec haec quidem nos feriunt. Lubentes concedimus, iuste exheredatos, liciteque praeteritos, in quantum nihil ex hereditate patris vel matris capiant, merito mortuis et nullis adnumerari, et in proposita quidem specie ad eum effectum, vt patronus inique praeteritus ex IVSTINIANI

7^o) §. 7. l. de exheredat. liberor.

NI constitutione per contra tabulas bonorum
 possessionem tertiam bonorum liberti par-
 tem consequi posset, is qui, liberis here-
 dibus vel bonorum possessoribus existen-
 tibus, fuisset exclusus. Sed quam Aduersa-
 rii nostri inde exsculpere voluerunt conse-
 quentiam, scil. in computanda quoque legiti-
 mae portionis quantitate exheredatos praete-
 ritosue pro nullis esse et mortuis habendos,
 eam profecto nullis ne fidiculis quidem inde
 extorquebis. Primum enim Imperator ea de
 re nec e longinquo cogitare potuit, vtpote
 qui a successione ab intestato patronum pe-
 nitus exclusit, si libertus liberos reliquerit;
 ergo in computando quadrante, quem IVSTI-
 NIANVS hac sua constitutione patrono prae-
 terito assignavit, quaestio, vtrum exheredati
 vel praeteriti liberti liberi patrono partem
 faciant, i. e. connumerandi sint, nulla esse
 potuit, cum portio, quam per bonorum con-
 tra tabulas possessionem patronus conse-
 quitur, pars portionis ab intestato, quae
 tamen Legitimae natura est, dici prorsus ne-
 queat. Deinde vero illud maxime notandum
 est, quod ne quidem in successione liberto-
 rum exheredati semper sint pro nullis habi-
 ti ac mortuis; ceu multis, si opus esset, pro-
 bare

bare exemplis possem; ut vnum tantum vel alterum in medium proferam, sic et iure exheredati retinent adsignationem liberti, ut VLP IANVS ⁷¹⁾ nos docet; et filio exheredato, quam diu is in viuis erat, nepotes ex eo in potestate illius manentes ad bonorum contra tabulas auctorum libertorum possessionem, IULIANO ⁷²⁾ atque TERENCE CLEMENTE ⁷³⁾ auctoribus, non admittebantur; omitto alia rerum argumenta, ne nauseam forte excitem.

§. XXX.

Alterum HERINGII argumentum diluitur.

Transeamus iam ad alteram, quam HERINGIVS protulit ⁷⁴⁾, rationem, quae haec est, quod fratres in casu, si persona honesta instituta, non sint tales personae, quae querelam inofficiosi habeant, et non possint praeteriri, quapropter et in computum legitimae venire nequeant. Character enim, quod praeteriri non possint, sed querelam inofficiosi habeant, in iis personis, quae in computanda legitima numerandae, ut adsit, necesse est, quin Imp. IUSTINIANVS expresse
hoc

⁷¹⁾ L. 12. §. 1. D. de bonis libertor.

⁷²⁾ L. 11. D. eodem. tit.

⁷³⁾ L. 38. pr. D. h. t.

⁷⁴⁾ cit. Diff. §. XXIV.

boc constituit ⁷⁵). Hic character autem, pergit, tantum in personis in linea descendenti et ascendente deprehenditur, in fratribus et sororibus vero cessat. Hae enim personae, absque omni causa praeteriri possunt, si persona honesta instituta ⁷⁶). Actum profecto agerem, si in ratione ista resellenda multus essem, postquam iam supra fatis expediui, in ineunda legitimae ratione haud inspiciendum esse, quinam in legitima petenda concurrant, sed quinam in successione intestati concursuri essent, cum haec sit legitimae portionis indoles, ut ex conditione intestati aestimetur. Neque etiam contrariis partibus fauere videtur IUSTINIANVS, valde enim luscitiosus sit oportet, quinon, aliud omnino esse, in computatione legitimae portionis partem et numerum facere, rursus aliud in diuisione eius partem sibi capere, continuo perspiciat. In partem quidem legitimae

⁷⁵) §. 6. l. de inoff. testam. verb. siue unus fuerit, siue plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dare possit, ut ea pro rata iis distribuatur. Nov. XVIII. c. I. in fin. hoc obseruando in omnibus personis etc.

⁷⁶) L. 1. D. de inoff. testam.

mae venire tantum possunt ii, quibus ea relinquenda est, nisi querelae locus detur, et his eam pro rata distribui iubet IUSTINIANVS, in computationem autem legitimae, si de quantitate eius definienda quaestio est, venire omnes ab intestato successuros, res ipsa loquitur.

§. XXXI.

Tertium HERINGII argumentum refutatur.

Ratio eius tertia haec est. Quia, ut ait ⁷⁷⁾ si fratres ab intestato lege exclusi essent, utique matris legitima esset tertia omnium bonorum, hoc idem esse debet, si iudicio testatoris sunt exclusi. Hoc enim legis vicem obtinet, et cum testator fratres sororesque praeteriit, eos in totum ab hereditate sua exclusit, declarauitque, ulterius in considerationem venire non debere. Sed nec hoc argumentum plus ponderis habet. Non enim ita recte concluditur, quicumque lege a successione excluditur, non connumeratur in legitimae quantitate constituenda, erga nec is, quam testator exclusit. Legitima enim aestimatur secundum successionem ab intestato, extra testamenti causam, cum VLPIANO ita definiēte

⁷⁷⁾ cit. Diff. §. XXV.

cio, sed ipsa lege debetur, ergo quoque in eius computatione rationem legis nihil quicquam inflectere potest testamentum defuncti. Potest quidem testator sua praeteritione facere, ne fratres partem eam capiant ex hereditate sua, quam lex ab intestato iis tribuit; non autem id efficere valet, ne illa ipsis sit ab intestato debita, et ne in computationem legitimae veniat.

§. XXXII.

Quartum et quintum HERINGII argumentum infringitur.

Quarta ratio est ^{sⁱ}): Quia fratres hic in successione testata non concurrunt ex necessitate iuris, sed ex dispositione testatoris. Quare iniquum esset, ut fratres praeteriti diminuerent legitimam, quam ipsi non possunt sperare et postulare in casu, ubi persona honesta instituta. Piget profecto, infirmandi huius argumenti causa vel verbum tantum facere, cum ei iam ex iis, quae ad infringendam secundam et tertiam rationem vberius exposui, abunde satisfiat. Propero igitur ad ultimum eius argumentum, quod ab auctoritate Ictorum petatum est: et certe cordati, ita loquitur aduersarius

^{sⁱ}) Vid. alleg. Dissertat. §. XXVI.

uersarius noster ⁸²⁾, et magni nominis Icti
ita sentiunt, ut BARTH, BERGER, RO-
LANDINVS, RHEIGER, RICHTER,
GYLMANN, ALEXANDER, PHEIL,
MARTA; subsisto hic, cum multos adhuc
alios produxerit, sed horret animus, haec
nomina referens; neque profecto istorum
Ictorum auctoritas ita comparata est, ut vel
tantillum a sententia nostranos dimouere possit.
Sic enim semper mihi persuasi, sic sentio,
auctoritatem Ictorum tantum nunquam va-
lere posse, ut vincat legem.

§. XXXIII.

II) HENRICO WAGNERO *satisfit.*

HERINGIO dimisso, nos iam conuerti-
mus ad *Henricum WAGNERVM* ⁸³⁾, quem
cum illo conspirantem quoque cognovimus.
Sed nihil fere in campum produxit aduersa-
rius iste, nisi reliquias prostrati dudum ex-
ercitus, quibus firmæ ac validæ obstant
copiæ. Distinguit nimirum ille tempora,
et ante IUSTINIANVM quidem portionem

N 3 legi-

⁸²⁾ *Cit. Dissertat. §. XXVII.*

⁸³⁾ in saepius alleg. *Diatriba, in qua demon-
stratur, parent. port. legitim. totius heredita-
tis trient. esse.* Marb. 1772.

legitimam fuisse partis eius, quae intestato defuncto ad aliquem, cui ea debetur, pertinuisset, portionem, adsentitur; alia tamen omnia post *Novellam IUSTINIANI XVIII.* obtinere, qua eadem legitimam heredum necessariorum omnium bonorum portionem, pro numero personarum vel trientem vel semissem esse constitutam, persuasum habet. Enimvero quis non statim intelligit, viro celeberrimò fraudi fuisse verba *IUSTINIANI*, *tertiam propriae substantiae partem — mediam eis totius substantiae relinqui partem*, quae tamen non generaliter, sed κατὰ τὴν, et pro subiecta specie accipienda esse, dudum ita demonstraui, ut ea in re quod addi mereatur, vix inveniam. Quare cum nihil attulerit *WAGNERVS*, cui non supra iam satisfactum sit, eum quoque facessere iubemus.

§. XXXIV.

III) *Argumenta COLMARI expenduntur ac redarguuntur. Argumentum primum.*

Restat, ut argumenta *Cl. Iob. Alb. COLMARI* ³⁴⁾ breuiter trutinemus, qui nouissime

³⁴⁾ in libello germ. scripto *von dem Pflichttheil der Aeltern vorzüglich nach Nürnberg. Rechten.* Nürnberg. 1785. 8.

sime ea de re exposuit. Is vir consultissimus etsi in eo maxime operam suam posuerit, ut genuinum loci cuiusdam in *Reformatione Norica* ⁸⁵⁾ intellectum euoluat, tamen ea, quae in medium protulit, argumenta ita omnino comparata sunt, ut hanc eius sententiam, iure etiam *communi* portionem parentum legitimam semper omnium bonorum tricientem esse, haud difficulter inde conicere queas. Eamque ob rem ea hoc loco sub examen revocare haud incongruum visum est. Iam cognoscamus de singulis, et, ut eius quoque tela, quantum fieri poterit, a capite nostro avertamus, demus operam. Primum igitur, quod nobis obuertit, argumentum hoc est, quod *Legitima semper supponat heredes necessarios i. e. tales, qui necessario, nisi iusta locum habeat exclusio, in certa heredi-*

N 4 *tatis*

⁸⁵⁾ *Tit. XXIX. der Reformation §. 6. cuius haec verba sunt: Ob auch das testirend Kind einem oder mehr Geschwisterten oder fremden in Erbs- oder geschickweis etwas verordnet hätte, so soll doch derselben Persohn halber, die Legitima der Eltern ungeändert und ungeringert bleiben, und in alle Weg DER DRITTHEIL VERLASSENER GÜTER den Eltern folgen.*

tatis parte instituendi sunt. Quum vero collaterales, si defuncti ascendentes sint superstites, in numero heredum necessariorum baud collocandi veniant, sed pro extraneis habendi sint, concursus eorum, si de legitima portione quaestio est, locum obtinere nequit. Sed, quod pace viri doctissimi dixerim, hoc quidem argumentum ita comparatum non est, ut contrarium facile mihi persuaserit. Latuisse enim ei videtur, aliam profecto esse de perceptione legitimae portionis, aliam de computatione eius quaestionem. Est istud quidem sane, quod nulla fratribus debeatur Legitima, quam diu parentes adsunt, qui illam capiunt, et eatenus sane in loco heredum necessariorum illi ponendi non sunt, si vel persona turpis cum parentibus esset instituta, sed de ea quidem re nulla nobis dubitatio est, quaestio potius in eo vertitur, numne fratres defuncti bilaterales, propterea quod cum parentibus ab intestato successuri essent, in definienda legitimae eorum portionis quantitate connumerandi sint? idque omnino, non obstante viri clarissimi argumento, affirmari posse, nemo non intelligit. Neque etiam contradictionem inuoluere, ut quis partem facere possit, qui partem non capiat, cum multis possem, tum

tum hoc maxime illustrabo exemplo quod IULIANVS ⁸⁶⁾ in medium protulit; Si Titio et Maeuio legatus fuerit Stichus, qui Titii erat, debetur pars Stichi Maeuio. Nam Titius, QVAMVIS AD LEGATVM NON ADMITTATUR, PARTEM FACIET. Et idem confirmat VLPIANVS ⁸⁷⁾, qui, si coniunctim, ait, res legetur: constat partes ab initio fieri. Nec solum hi partem faciunt, in quorum persona constitit legatum, verum hi quoque, in quorum persona non constitit legatum. Fallimini ergo egregie, quicunque tam peruersam serio propugnatis sententiam, quod partem non faciat, qui eam non capit. Dudum, si mens haud laeua fuisset, meliora vos edocere potuisset ipsa verborum significatio: aliud enim est: partem facere, aliud, habere. Habemus nobis, facimus aliis partem; vt dudum ⁸⁸⁾ supra obseruauimus, quae hic repetere nihil attinet.

§. XXXV,

⁸⁶⁾ L. 84. §. 8. D. de legat. 1.

⁸⁷⁾ L. 34. §. 9. D. eodem.

⁸⁸⁾ Conf. not. 76. §. X. nostrae Commentat. Add. Henr. COCCII Diss. de liberis, qui partem et numerum faciunt, Sect. IV. §. 13.

§. XXXV.

Argumentum COLMARI secundum trutinatur.

Accedimus ad alterum COLMARI argumentum, exinde, si quaeris, petitum, *quod Legitima sit beneficium legis in fauorem heredum necessariorum vnice introductum, quaeque nullo idcirco grauari possit onere.* Verum enim vero etsi neque idem diffitear, equidem tamen, quomodo ille fauor legitimae quidquam mutationis inferre in calculum quantitatis rationemque Legitimae queat, quae tarditas est ingenii mei, plane non perspicio. Nonne ipsae leges, quantocunque etiam fauore legitimam portionem dignam habeant, satis clare loquuntur, legitimam portionem *partem debitae ab intestato portionis* appellantes ⁸⁹⁾? et quam grauitur hallucinentur, qui IVSTRINIANVM hanc legitimae portionis naturam commutasse, sibi persuaferint, supra abunde est ostensum. Praeterea vero in ea verborum haeresi, ut, portionem legitimam non solum in fauorem heredum necessariorum introductam esse existimem, sed et testatorum vel maxime, ut secure testari possint, neque testamenta eorum querela inofficiosi euertantur.

Id

⁸⁹⁾ L. 8. §. 6. et 8. D. de inoff. testam. L. 8. pr. L. 31. Cod. eodem. L. 2. C. de inoff. donat.

Id quidem non solum historia legitimae portionis parentum testatur (§. V.) sed idem quoque tot significant leges, quae ad *excludendam seu subinouendam inofficiosi testamenti querelam* legitimam portionem iis, quibus ea debetur, relinquendam esse sanciunt ⁹⁰). Sed instat aduersarius noster, et ait, parentes nimium in legitima portione laedi, si non omnium bonorum sed portionis solum ab intestato pars, siue triens siue semis sit, legitimae loco iis tribuatur. Ego vero concedo, plerumque ampliorem fore portionem legitimam, si omnium bonorum pars esset, quam illa est, si tantum portionis ab intestato debitae pars habeatur; enimvero quis est, qui, se laesum esse, iure conqueri possit, si, quod leges ipsi tribui volunt, habeat?

§. XXXVI.

Tertium COLMARI argumentum excutitur.

Quum quoque intellexerit vir consultissimus, sententiae suae grauiter obstare, quod, si omnium bonorum triens pro legitima parentum portione habeatur, quandoque futurum sit, ut plus sit in legitima, quam in portione

⁹⁰) L. 8. §. 8. D. de inoff. testam. L. 5. et 6. C. de inoff. donat.

tione ab intestato, ad istam difficultatem amol-
 liendam reponit, hanc esse a regula exceptio-
 nem; fieri enim non posse, ut leges omnes
 circumspiciant casus, et tales quidem,
 qui perraro eueniunt; POMPONIO enim com-
 probante ⁹¹⁾ *iura constitui oportet, ut dixit*
*THEOPHRASTVS, in his, quae ἐπὶ τὸ πλεῖ-
 σον, id est, ut plurimum, accidunt, non quae*
ἐκ παρὰ λόγου, id est, ex inopinato: Iam ve-
 ro in plerisque saltem casibus euenturum esse,
 ut legitima portio, si vel omnium bonorum
 pars habeatur, portione tamen ab intestato
 minor sit, et facile tolerandam esse exiguam
 illam repugnantiam, quae in casibus tantum
 paucissimis et raro contingentibus sit emer-
 sura, cum opinio ista in caeteris aequitati
 magis conformis videatur. Enimuero quis,
 quaeso, aequo feret animo exceptionem,
 quam nulla lex agnouit? Et quid opus est
 exceptione, cum sic sane omnia pulcerrime
 cohaereant, neque vlla nos amplius vrgeat
 difficultas, si portionem legitimam paren-
 tum et iure nouissimo non nisi partem esse
 eius, quod iidem ab intestato habituri essent,
 existimemus? Et ita quidem me viris tam
 doctis sine ratione contradixisse, qui no-

bis

⁹¹⁾ *L. 3. D. de Legibus.*

bis occinat, non facile quemquam fore arbitror.

§. XXXVII.

De usu bodierno Nouellae XVIII. cap. i. describitur, et additis quibusdam ex variis locorum statutis observationibus, libellus finitur.

Etsi vero de usu Nouellae nostrae XVIII. c. i. forensi nemo facile dubitauerit, cum et glossa eandem agnouerit, neque alia, quae quidem recentior sit, IUSTINIANI constitutione abrogata illa reperiatur; negari tamen non potest, aliter quandoque statutis locorum ac prouinciarum Germaniae legitimam parentum portionem esse definitam. Quod ut exemplis quibusdam illustrem, primum inveniuntur statuta, quae parentibus *trientem omnium bonorum* legitimae portionis nomine relinqui volunt; ita disponunt *Ius Prouinciale Franconicum* ⁹²⁾, *Electorale Palatinum* ⁹³⁾, *Electorale*

⁹²⁾ Vid. des Stiffts Würzburg und Herzogthums Franken kaiserl. Landgerichts - Ordnung. Part. III. Tit. 36. et Tit. 49. §. 3 - 6. in de LUDOLF Collected. Statutor. prouinc. p. 172. sqq. et pag. 199.

⁹³⁾ Kurpfälzisches Landrecht Part. III. Tit. 13. §. 1.

etorale Saxonicum ⁹⁴⁾, Ius Noricum ⁹⁵⁾ Francofurtanum ⁹⁶⁾; neque vero defunt statuta, quae tantum tertiam partem portionis ab intestato debitae parentibus legitimae loco tribuunt, et quidem indistincte, quin eo etiam in casu, quo praeter parentes fratres quoque germanos testator reliquerit: quorum in numerum inprimis Ius prouinciale Würtembergicum ⁹⁷⁾ refero. Quae quidem statuta, quod iuri communi

⁹⁴⁾ *Constit. Elect. P. III. Const. 8.* Vid. KRV, CKENBERG. in *Praxi moderna* Lib. II. cas. CVIII. RICHTER *Dec. 46. n. 3.* BERLICH *P. III. Conclus. 10. n. 1.*

⁹⁵⁾ *Nürnberg. Reformat. Tit. XXIX. §. 6.* Vid. Cl. COLMAR cit. *Commentat. pag. 15. sqq.*

⁹⁶⁾ *Frankfurter Reformation de 1578. Part. IV. Tit. 3. §. 8. et Tit. 4. §. 7.*

⁹⁷⁾ *Württemberg. Landrecht. Part. III. Tit. 15. §. 1. verb: Den (sc. den Pflicht-Theil) wir nachfolgender massen verordnen, dass ein Kind, so keine Leibs-Erben hat, und testiren will, (ohne Unterschied, es verlasse neben seinen Eltern auch rechte Geschwister oder nicht) seinen Vater und Mutter samtllich, oder da deren eins verstorben, dem noch lebenden den dritten Theil derienigen Portion, so den überlebenden Eltern sonst ab intestato gebühret hätte, zu verlasssen. Conf. Collect. novae Consilior. iuridicor. Tübingens. Vol. III. Consil. CCLXVII. n. 95. sqq. p. 597.*

communi et Romano praeferenda sint iis in locis, ubi vigent, etsi nihil plane dubitationis habeat, variae tamen haud nullius sane momenti moveri hic possunt quæstiones, quales, ut quasdam tantum in medium adferam, e. g. sunt, *quomodo statuta, quae de legitima parentum portione disponunt, si dubia illa sint, interpretari debeant?* deinde, *si circa legitimæ portionis quantitatem statuta varient, quaeritur secundum quas leges in tali collisione definienda sit legitima portio?* Facile enim contingere potest, ut defunctus alibi testamentum condiderit, alibi domicilium habuerit, bona vero eius alibi sita sint. Quo in casu non infrequenter excitari solet quæstio, *utrum legitimæ portionis relictæ quantitas aestimanda sit ex legibus loci, ubi testamentum condidit defunctus, an ex legibus eius loci, ubi domicilium suum habuit, an vero illius, ubi bona sunt sita* ⁹⁸⁾?

Enim-

⁹⁸⁾ Decisio huius quæstionis quoque occupavit Senatum virorum illustrium, qui legibus scribendis a Potentissimo Borussorum Rege creati sunt, uti videre licet ex Consultiss. *Ern. Ferd. KLEINS Annalen der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit in den Preussischen Staaten* I. Band. (Berlin und Stettin 1788.) pag.

Enimvero, cum quaestiones illae ex generalibus principiis dirimendae sint, et quidem prior ex iis, quae de statutorum interpretatione valent, de qua re *Io. Vlr. CRAMER* ⁹⁹⁾, *Cbr. Henr. FREISLEBEN* ¹⁰⁰⁾ *Sim. Pet. GAS-SER* ¹⁾ *Io. Henr. FELZ* ²⁾ *Gabr. Bernh. PAGENSTECHER* ³⁾ *Andr. Flor. RIVINVS* ⁴⁾, *Ge. Cbrist. Alb. SPIESIVS* ⁵⁾ *Franc. Pbil. BREIT-SPRECHER* ⁶⁾ *Car. Ferd. HOMMEL* ⁷⁾ *Io. HEV-*

64 - 70. Conferatur quoque *Io. VOETIVS* in *Comment. ad Digesta. Lib. V. Tit. 2. §. 47.*
⁹⁹⁾ in *Diss. de interpretatione statutor.* Marb. 1739.

¹⁰⁰⁾ in *Diss. de interpretatione statutorum ex iure communi* Altorf. 1735.

¹⁾ in *Diss. de brocardico vulgari, statuta ex iure communi esse interpretanda.* Halae 1731.

²⁾ *Excerpt. Controuersiar. de interpretat. statutor.* Argent. 1710.

³⁾ in *Diss. de interpretat. statutor. ubi contra vel praeter ius comm. disponunt.* Harderovici 1735.

⁴⁾ in *Progr. num iura Statutaria dubia vel obscura ex iure Rom. declarari vel suppleri debeant?* Vit. 1746.

⁵⁾ in *Diss. de cauta germanicor. mixti generis statutor. interpretatione* Altorf. 1764.

⁶⁾ in *Diss. de statutorum proprie talium principiis eorumque auth. interpretatione.* Gryph. 1773.

⁷⁾ in *Rhapsod. Obs. DCLX.*

HEVMANNVS ⁸⁾ et Ern. Cbrist. WESTPHAL ⁹⁾ abunde exposuerunt; altera vero ex iis, quae de conflictu et praeferentia statutorum discrepantium praesertim in causis successionum obtinent, principiis decidenda sit, quod quidem argumentum viri doctissimi Herm. ZOLL ¹⁰⁾ Franc. ALEF ¹¹⁾, Io. Nic. HERT ¹²⁾ Fr. Es. de PUFFENDORF ¹³⁾ Tob. Jac. REINHARTH ¹⁴⁾ Henr. NETTELBLADT ¹⁵⁾, Gottfr. Lud. MENCKEN ¹⁶⁾ Ill. Io. Cbrist. KOCH ¹⁷⁾, in primis vero Clariss. Car. Christoph. HOFACKER ¹⁸⁾ dudum ita perpoliuerunt, ut nihil supra esse possit, quaestionibus his pertractandis iam haud immorabor, sed, ut modus tandem scribendi fiat, finiam.

O 2 MENDAE

⁸⁾ im Geist der Gesetze der Teutschen Cap. IX. pag. 94. sqq.

⁹⁾ im teutschen Privatrecht 1. Th. 1. Abhandl.

¹⁰⁾ in Diss. de praeferentia statutor. discrepantium. Rint. 1711.

¹¹⁾ de diuersor. statutor. concursu eorumque conflictu. Heidelb. 1740.

¹²⁾ in Diss. de Collisione Legum Sect. IV.

¹³⁾ in Observat. iur. uniu. T. I. Obs. 28.

¹⁴⁾ ad Christinaeum Vol. V. Dec. 4. Obs. 13.

¹⁵⁾ in Diss. de portione coniug. statutaria Lubecensi Cap. V. §. 10.

¹⁶⁾ in Diss. de statutis civitatum provincial. in successione ab int. ad bona etiam alibi sita sec. ius civ. extendendis in Opusc. n. 7.

¹⁷⁾ de Success. ab intest. civ. Sect. I. §. 14.

¹⁸⁾ in Diss. de efficacia statutorum in res extra territorium sitas. Tubing. 1778. §. XXVI.

MENDAE ET ADDITIONES.

P. 2. not. 3. Quae hic in primis addendae fuissent *Henr. WAGNERI* et *Math. Ben. HERINGII* Dissertationes, eas infra *Sect. II. et III.* saepius allegatas inuenies. Praeterea in *Illustris SCHOTTI Supplementis ad LIPENII biblioth. real. iurid* (Lips. 1775.) sub inscriptione *Legitima parentum* p. 299. mentio fit *Io. Henr. EERHARDI* Progr. de quantitate portionis legitimae parentibus et fratribus debitae. Herborn. 1764. 4. quod tamen inspicere haud contigit.

P. 24. not. 20. *L. ult. C. de inoff. Testam.* abrogatam esse per *Nov. CXV. cap. 4.* sunt qui statuant, vid. *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien von zweien Rechtsgelehrten. II. Band.* (Braunsch. u. Hildesh. 1786. 8.) *Meditat. LXXXV.* p. 158. sqq. Sed quam grauitur, qui ita sentiunt, hallucinantur, ostendit *Io. Godofr. BAVER* in *Diff. de peculio quasi castrensi studiosorum* Lipsiae 1726. §. XXXIII.

P. 32. not. 40. lege: *Nov. LXXXIX.*

P. 33. in §. IV. inscript. lin. 2. lege: *portio.*

P. 39. lin. 8. lege: *ob id.*

P. 53. not. 88. lin. 6. lege: *p. 101.*

- - - lin. 7. lege: *p. 704.*

P. 60. lin. 5. lege: *bonorum possessionem.*

P. 132. not. 5. add. Nouellarum inscriptiones haud ipsi *IVSTINIANO* deberi, sed a recentiori manu esse, eleganter quoque comprobarunt *Io. Frid. HOMBERGK* zu *Vach* in *Praefat. versioni Nouellar. praemissa* p. 22. *Io. WUNDERLICH* in *libr. sing. de legitimat. per oblat. curiae* p. 4. et *Celeb. I. L. E. PÜTTMANNVS* in *Adversarior. iur. univ. Lib. primo.* p. 133. not. *.

Pag. 183. not. 63. lin. 18. lege: *in hoc.*

Glück, Christian Friedrich von,

Diss. iur. civ. de constituenda legitimae portionis parentum quantitate ad
Nov. XVII, cap. 1

Erlanga 1788

Diss. 262

urn:nbn:de:bsb:12-bsb10840011-8

VD18 14975041-001